
Schutz der Werbung vor Nachahmung

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Jörg Blum

von Neunkirch SH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder

1986



Stämpfli & Cie AG, Graphisches Unternehmen, Bern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507228_0022

Schutz der Werbung vor Nachahmung

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Jörg Blum

von Neunkirch SH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Manfred Rehbinder

1987



Stämpfli & Cie AG, Graphisches Unternehmen, Bern

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 3. Dezember 1986

Der Dekan:

Prof. Dr. Claudio Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Verlag Stämpfli & Cie AG Bern erschienen als Heft 18 der Reihe

Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht SMI

begründet und herausgegeben von Professor Dr. Manfred Rehbinder (Zürich) und PD Dr. Wolfgang Larese (Zürich).

©

Verlag Stämpfli & Cie AG Bern · 1987

Druck und Buchbinderarbeit: Stämpfli & Cie AG, Graphisches Unternehmen, Bern

Printed in Switzerland

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	V
Literaturverzeichnis	X
Abkürzungsverzeichnis	XV

§ 1.	<i>Inhalt und Ziel der Arbeit</i>	1
§ 2.	<i>Abgrenzung und Begriffe</i>	4
I.	Wirtschaftswerbung	4
II.	Werbemittel	4
III.	Werbeträger	5
IV.	Rechtsausübung, Berechtigte	6
KAP. I: SCHUTZ DURCH MARKENRECHT		7
§ 3.	<i>Marke und Werbung</i>	7
I.	Die Werbefunktion in der Literatur	8
II.	Zunehmende Bedeutung der Werbefunktion in neuerer Zeit	10
1.	Die Marke als Imageträger	10
2.	Marken mit ursprünglichem Eigenwert	13
3.	Zusammenfassung	14
III.	Gleichbleibende Bedeutung der Herkunftsfunktion	15
§ 4.	<i>Rechtsschutz der Marke im MSchG</i>	16
I.	Begriff und Schutzvoraussetzungen	16
1.	Warenkennzeichen	16
2.	Selbständigkeit	17
3.	Geschlossenheit	17
4.	Unterscheidungsfähigkeit; Massstab der Verwechselbarkeit	18
5.	Markenmässiger Gebrauch	22

II.	Umfang des markenrechtlichen Schutzes	23
1.	Die rechtlich geschützte Funktion der Marke	23
2.	Umfang des Schutzes vor Nachahmung	24
3.	Einschränkung auf Warenkategorien	25
4.	Beginn des Schutzes	25
<i>§ 5.</i>	<i>Schützbares Werbemittel</i>	26
I.	Die eigentlichen Wort- und Bildmarken	26
II.	Andere Kennzeichnungs- und Werbemittel	27
1.	Slogans	27
2.	Titel	32
3.	Farben	33
4.	Tonzeichen	36
5.	Geruchszeichen	37
6.	Geschmacks- und Tastzeichen	38
7.	Plastische Zeichen	38
8.	Form der Ware und der Verpackung	40
9.	Werbefiguren	42
<i>§ 6.</i>	<i>Exkurs: Die sogenannten "berühmten" Marken</i>	45
	Problemstellung	45
I.	Unvollständigkeit des Kriteriums der Berühmtheit	47
1.	Bezüglich der Gefährdung der Werbekraft	47
2.	Bezüglich der Gefahr von Herkunftsverwechslungen	51
3.	Zusammenfassung	55
II.	Schutz der berühmten Marken ausserhalb des Markenrechts	58
1.	Urheberrecht	58
2.	Persönlichkeits- und Namensrecht	58
3.	Wettbewerbsrecht	58
4.	Unerlaubte Handlung/Ungerechtfertigte Bereicherung	59
5.	Eigentumsgarantie	59
6.	Rechtsmissbrauch	59
KAP. II:	SCHUTZ DURCH MUSTER- UND MODELLRECHT	60
<i>§ 7.</i>	<i>Schutzvoraussetzungen und Schutzzumfang</i>	60
I.	Schutzvoraussetzungen	60
II.	Schutzzumfang	62
<i>§ 8.</i>	<i>Schützbares Werbemittel</i>	63
I.	Werbemittel im engeren Sinn	63
II.	Schutz der werbewirksamen Form	65

KAP. III: SCHUTZ DURCH URHEBERRECHT	70
§ 9. Grundlagen	70
I. Werkbegriff	71
1. Die einzelnen Merkmale	72
a) Geistige Tätigkeit eines Menschen	72
b) Wahrnehmbare Form	72
c) Zugehörigkeit zu Literatur und Kunst	73
d) Eigenart	74
2. Zusammenfassung	77
II. Bearbeitung und freie Benutzung	79
III. Schutzzumfang und Schutzdauer	80
§ 10. Schützbares Werbemittel	81
I. Werbephoto-graphie	81
1. Bedeutung der Photographie für die Werbung	81
2. Werke der Photographie	82
a) Allgemeines	82
b) Kriterien zur Abgrenzung	83
II. Werbegraphik	87
1. Allgemeines	87
2. Plakate, Anzeigen, Inserate	88
3. Versandmaterial, Kataloge, Prospekte	89
4. Marken, Signete, Schrifttypen	90
5. Werbefiguren	91
III. Werbefilme	93
1. Allgemeines	93
2. Schutzbereich	94
IV. Waren- und Verpackungsgestaltungen	96
V. Sprachliche Gestaltungen	100
1. Längere Werbetexte	100
2. Slogans	101
3. Titel	105
4. Einzelworte	106
VI. Schaufensterdekorationen	107
VII. Musik	108

KAP. IV: SCHUTZ DURCH WETTBEWERBSRECHT	111
§ 11. Grundlagen	111
I. Unlauteres Verhalten	111
II. Wettbewerbsverhältnis	114
§ 12. Ergänzungen der Spezialgesetze	115
I. Schutz der Marke bei Verwendung in der Werbung	116
II. Schutz der Dienstleistungsmarke	117
III. Schutz der Marke bei Verwendung auf Werbeartikeln	118
IV. Weitere Ergänzungen des MSchG	120
§ 13. Ausstattungsschutz	121
I. Begriff der Ausstattung	121
II. Voraussetzungen des Ausstattungsschutzes	122
1. Kennzeichnungsfähigkeit	122
2. Freie Wählbarkeit	123
3. Originalität oder Verkehrsgeltung	124
III. Schutz aus Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG (Verwechslungsgefahr)	126
1. Im Allgemeinen	126
2. Verwechslungsgefahr bei den einzelnen Werbemitteln	128
a) Waren- und Verpackungsgestaltungen	128
aa) Bedeutung als Werbe- und Kennzeichnungsmittel	128
bb) Technisch bedingte und ästhetisch bestimmte Gestaltung	130
cc) Kriterien zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr	137
b) Werbemittel im engeren Sinn	141
aa) Allgemeines	141
α) Werbung als Kennzeichen	141
β) Motivschutz	144
bb) Plakate, Anzeigen, Inserate	146
cc) Werbefiguren	148
dd) Werbefilme	149
ee) Werbetexte	151
ff) Titel	153
gg) Kataloge, Prospekte, Kalender	154
hh) Verkaufsförderungsmassnahmen, P.O.P.-Werbung	156
ii) Schaufensterdekorationen	157
jj) Tonsignete, Geruchs-, Geschmacks- und Tastzeichen	158
V. Schutz aus Art. 1 Abs. 1 UWG (Generalklausel)	159

§ 14.	<i>Leistungsschutz</i>	165
§ 15.	<i>Schutz von Werbekonzeptionen</i>	167
I.	Begriff	167
II.	Rechtliche Beurteilung	168
1.	Allgemeines	168
2.	Rechtsschutz aus Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG	170
a)	Voraussetzungen	170
b)	Entstehung der Verwechslungen	175
3.	Rechtsschutz aus Art. 1 Abs. 1 UWG	176
KAP. V: SCHUTZ DURCH FIRMENRECHT		178
§ 16.	<i>Begriff und Funktionen der Firma</i>	178
I.	Begriff	178
II.	Tatsächliche Funktionen	178
§ 17.	<i>Umfang des Schutzes vor Nachahmung</i>	180
§ 18.	<i>Ergänzungen des firmenrechtlichen Schutzes</i>	181
KAP. VI.: SCHUTZ DURCH PERSÖNLICHKEITS- UND NAMENSRECHT		183
§ 19.	<i>Schutz durch Namensrecht</i>	183
I.	Funktion des Namens als Werbemittel	183
II.	Schutz des Namens	184
§ 20.	<i>Schutz durch Persönlichkeitsrecht</i>	187
I.	Voraussetzungen des Persönlichkeitsschutzes	187
II.	Anwendbarkeit auf den Schutz der Werbemittel	189
1.	Verletzung der Persönlichkeit des Werbetreibenden	190
2.	Widerrechtliche Verwendung des Werbemittels	192
III.	Schützbare Werbemittel	193
Schlussbemerkung		198

Literaturverzeichnis

- Arquint, C.: Der Schutz des Slogans, Diss. Basel 1958
- Baumbach, A./Hefermehl, W.: Warenzeichenrecht, 12. Aufl., München 1985
(zit. WZG)
- Wettbewerbsrecht, 14. Aufl., München 1983
- Baettig, M.: TV-Werbung in der Schweiz, Bern 1985
- Becchio, B.: Der kennzeichnungsrechtliche Schutz von Waren- und Verpackungformen, Diss. St. Gallen 1971
- Büren, B. von: Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Zürich 1957
- Bürgi, O.: Der Schutz des Gebrauchsmusters in der Schweiz, Zürich 1957
- Burmann, H.: Die soziologischen Aspekte in Werbung und Werberecht - Symbolwerbung und Irreführung, WRP 67, 2ff.
- Christ, T. C.: Das Urheberrecht der Filmschaffenden, Basel/Frankfurt am Main 1982
- Christen, F.: Die Werkintegrität im schweizerischen Urheberrecht, Bern 1982
- David, H.: Kommentar zum Schweizerischen Markenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel/Stuttgart 1960 (Supplement dazu: siehe David, L.)
- David, L.: Schweizerisches Wettbewerbsrecht, Bern 1984 (zit. Wettbewerbsrecht)
- Die Werbefigur in der Praxis, Mitt. 1982, 35ff. (zit. Werbefigur)
- Schweizerisches Werberecht, Zürich 1977 (zit. Werberecht)
- Supplement zum Kommentar zum Schweizerischen Markenschutzgesetz von David H., Basel Stuttgart 1974 (zit. Suppl.)
- Desbois, H.: Le Droit d' Auteur en France, 3ème éd., Paris 1978
- Dessemontet, F.: Quelques questions actuelles en droit de la publicité, SJZ 79 (1983), 313ff. (zit. Questions actuelles)
- La publicité et la propriété intellectuelle, SJZ 78 (1982), 1ff. (zit. (Publicité))
- Dichtl, E.: Grundidee, Entwicklungsepochen und heutige wirtschaftliche Bedeutung des Markenartikels, in: Markenartikel heute, Wiesbaden 1978, 17ff.
- Dietze, E.: Die Grenzen des Ausstattungsschutzes, GRUR 1952, 317ff.

- Dupertuis, P.- R.: Le droit d' auteur dans la domaine de la publicité commerciale, Diss. Lausanne 1964
- Dutoit, B.: Unlautere Ausnutzung und Beeinträchtigung des guten Rufs bekannter Marken, Namen und Herkunftsangaben, GRUR Int. 1986, 1ff.
- Egger, A.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1. Band: Einleitung und Personenrecht, Zürich 1930
- Elster, A.: Der Schutz von Inseraten, Reklamevorlagen und Reklameschlagwörtern, GRUR 1929, 443ff.
- Feininger, A.: Feiningers kleine Fotolehre, Düsseldorf/Wien 1982.
- Grosse Fotolehre, Düsseldorf/Wien 1979 (zit. Grosse Fotolehre)
- Fromm, F. K./Nordemann, W.: Urheberrecht, 5. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1983
- Gamm, O. F. von: Schutz der Werbeidee und ihrer Ausdrucksformen, WRP 1970, 125ff.
- Genre, Y.: Das Branchensystem im Firmenrecht, Bern 1970
- Geiger, H.: Markenartikel und Verbraucher, in: Markenartikel heute, Wiesbaden 1978, 231ff.
- Grossen, J. M.: Das Recht der Einzelpersonen, in: Schweizerisches Privatrecht, Band II, 285ff., Basel 1967
- Guyer, E.: Kommentar zum Muster- und Modellgesetz, Zürich 1905
- Guhl, T./Merz, H./Kummer, M.: Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980
- Hansen, U.: Stilbildung als absatzwirtschaftliches Problem der Konsumgüterindustrie, Berlin 1969
- Hefti, E.: Die Parodie im Urheberrecht, München 1977
- Heiz, A.: Wie argumentiert Werbung; zur verbalen und imaginalen Konzeption von Werbebotschaften, München 1978
- Hess, P.: Der Rechtsschutz der Schaufensterdekorationen, Diss. Bern 1955
- His, E.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VII, Handelsregister, Geschäftsfirmen und kaufmännische Buchführung, Bern 1940
- Hotz, K.: Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB, Diss. Zürich 1967
- Hubmann, H.: Urheber- und Verlagsrecht, 5. Aufl., München 1984

- Hunziker, M.: Immaterialgüterrechte nach dem Tode des Schöpfers, Bern 1983
- Jaton, M.: La protection des marques de haute renommée, Diss. Lausanne 1961
- Jene-Bollag, I.: Die Schutzfähigkeit von Marke und Ausstattung unter dem Gesichtspunkt des Freihaltebedürfnisses, Basel/Frankfurt am Main 1981
- Kirchgraber, E.: Die Reklame im schweizerischen Recht, Zürich 1930
- Koch, H.: Der Schutz der Warenausstattung, Diss. Zürich 1948
- Krais, A.: Lernpsychologie der Markenwahl, Zürich/Frankfurt am Main/Thun 1977
- Kroher, J.: Die neuere Entwicklung der Passing-off-Klage im englischen Recht, GRUR Int. 1982, 92ff.
- Kummer, M.: Das urheberrechtlich schützbare Werk, Bern 1968
 - Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Bern 1960 (zit. Schutzgut)
- Larese, W.: Urheberrecht in einem sich wandelnden Kulturbetrieb, Bern 1979
- Lutz, M.: Der Schutzzumfang des Urheberrechts, in: FS 100 Jahre URG, 173ff.
- Maeder, J.: Der Reklameschutz in der Schweiz, Diss. Bern 1935
- Maña, J.: Design, Reinbek bei Hamburg 1978
- Manser, F.: Die Entartung von Marken zu Freizeichen, Diss. St. Gallen 1971
- Marbach, E.: Die eintragungsfähige Marke, Diss. Bern 1984
- Matter, E.: Kommentar zum Schweiz. Markenschutzgesetz, Zürich 1939
- Meier-Hayoz, A./Forstmoser, P.: Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 5. Aufl., Bern 1984
- Meyer, P.: Markenspezifisches Herstellermarketing, in: Markenartikel heute, Wiesbaden 1978, 159ff.
- Müller, R.: Verhältnis der angewandten Kunst zu den gewerblichen Mustern und Modellen, Luzern 1952
- Packard, V.: Die geheimen Verführer, Düsseldorf 1958

- Pedrazzini, M.: Grundriss des Personenrechts, Bern 1982
- Pfenninger, E.: Schutz und Standort der Ausstattung im schweizerischen gewerblichen Rechtsschutz, Diss. Zürich 1970
- Preiss, R.: Die Werbung mit Persönlichkeiten und Figuren (Merchandising) nach schweizerischer Praxis, in: FS E. Blum & Co., 181ff., Bern 1978
- Reinhart, B.: Die Abgrenzung von freier und unfreier Benutzung im schweizerischen Urheberrecht, Bern 1985
- Urheberrecht und Werbung, Film und Recht 1979, 576ff. (zit. Urheberrecht und Werbung)
- Röthlisberger, E.: Schweizerisches Photographenrecht, SJZ 21 (1925), 265ff. und 284ff.
- Rutgers, H.: Der urheberrechtliche Schutz von Reklamekundgebungen, Diss. Zürich 1933
- Sack, R.: Die "Verwässerung" bekannter Marken und Unternehmenskennzeichen, WRP 1985, 459ff.
- Schaeffer, M.: Der urheberrechtliche Schutz von Formen moderner Werbung, Diss. Hamburg 1971
- Schenk, U.: Der urheberrechtliche Werkbegriff unter besonderer Berücksichtigung der Probleme der "Neuen Musik", Diss. Zürich 1977
- Schluep, W.: Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel 1964
- Schmidt, E.: Die neuere Markenpraxis des schweizerischen Bundesamtes für geistiges Eigentum, GRUR Int. 1980, 396ff.
- Schmidt, S.: Urheberrechtsprobleme in der Werbung, München 1982
- Schneidinger, C.: Der Leistungsschutz unter besonderer Berücksichtigung der technischen Leistung, Diss. St. Gallen 1977
- Schramm, C.: Die Summenwirkung, GRUR 1974, 369ff.
- Spoendlin, K.: Das Schutzbedürfnis des Publikums im Kennzeichnungsrecht, FS Kummer, Bern 1980, 233ff. (zit. Schutzbedürfnis)
- Das Markenrecht im Lichte der schutzwürdigen Interessen, Basel/Stuttgart 1974 (zit. Interessen)
 - Verzicht auf präzise Definition der Marke, SJZ 65 (1969), 1ff. (zit. Verzicht)
- Steiger, F. von: Schweizerisches Firmenrecht, Zürich 1938
- Zur Frage des Titelschutzes von Zeitungen und Zeitschriften, Mitt. 1954, 6ff. (zit. Titelschutz)
- Steyert, R.: Das Verhältnis von Generalklausel und Spezialtatbeständen im UWG, Diss. Basel 1971

- Tietz, B. (Hg.): Die Werbung, Bd. II: Die Werbebotschaften, die Werbemittel und die Werbeträger, Landsberg am Lech 1982 (zit. Werbung II)
- Trachsler, W.: Rechtliche Fragen der photographischen Aufnahme, Diss. Zürich 1975
- Traub, F.: Der Schutz des Werbeslogans im gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 1973, 186ff.
- Troller, A.: Immaterialgüterrecht, Basel/Frankfurt am Main, Band I, 3. Aufl. 1983; Band II, 3. Aufl. 1985 (beide Bände werden nur mit Verfassernamen und Seitenzahl zitiert)
- Die Beziehungen des Urheber- und des Muster- und Modellrechts, Mitt. 1983, 7ff.
 - Markenrecht an der Wegkreuzung, Sonderabdruck aus: Oesterreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 1966 (6 Seiten) 25 ff. (zit. Wegkreuzung)
 - Wesen und Unwesen der Marke, FS Philipp Möhring zum 65. Geburtstag, München/Berlin 1965, 291ff. (zit. Wesen und Unwesen)
 - Die berühmte Marke, Festgabe des Luzernerischen Anwaltsverbandes zum Schweizerischen Juristentag 1953, 54ff.
- Troller, A./Troller, P.: Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechts, 2. Aufl. Basel/Frankfurt am Main 1981 (zit. Kurzlehrbuch)
- Troller, P.: Kollisionen zwischen Firmen, Handelsnamen und Marken, Basel 1980 (zit. Kollisionen)
- Ulmer, E.: Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., Berlin 1980
- Voltmer, W.: Werbung und Marke, in: Markenartikel heute, Wiesbaden 1978, 207ff.
- Weber, F.: Die Gestaltung des Prozesses der Produkteentwicklung und -einführung, Diss. St. Gallen 1978
- Wehrlin, M.: Film: Ein Werk mit komplexen Problemen, in: FS 100 Jahre URG, 307ff.
- Winkelgrund, R.: Produktdifferenzierung durch Werbung, Frankfurt am Main 1984
- Wiswede, G.: Psychologie der Markenbildung, in: Markenartikel heute Wiesbaden 1978, 135ff.
- Wolff, F./Crisolli, K.- A.: Das Recht der Reklame, Berlin/Leipzig 1929
- Zehnder, C.: Die begleitende Marke, St. Gallen 1975
- Zimmerli, A.: Der markenrechtlich erforderliche Zeichen- und Warenabstand, Diss. Zürich 1975

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Anm.	Anmerkung
BAGE	Bundesamt für geistiges Eigentum
BBl.	Schweizerisches Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
EURG	Entwurf zum Bundesgesetz über das Urheberrecht vom 29. August 1984
EUWG	Entwurf zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1983
FS	Festschrift
gl. M.	gleicher Meinung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Inlandteil)
GRUR Int.	GRUR Internationaler Teil (vor 1967: GRUR Auslands- und internationaler Teil)
HG	Handelsgericht
HRegV	Handelsregisterverordnung
m. E.	meines Erachtens
Mitt.	Schweizerische Mitteilungen über Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
MMG	Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900
MSchG	Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 26. September 1890
OG	Obergericht
OLG	Oberlandesgericht (Deutschland)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Obligationenrecht) vom 30. März 1911
PVUE	Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
URG	Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 7. Dezember 1922
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943
VE MSchG	Vorentwurf des BAGE für ein neues Markenschutzgesetz von 1968
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
zit.	zitiert
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. September 1907
ZR	Blätter für zürcherische Rechtssprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

§ 1. Inhalt und Ziel der Arbeit

Die Aufwendungen für die Waren- und Dienstleistungswerbung in der Schweiz belaufen sich momentan auf über drei Milliarden Franken pro Jahr, was einem Anteil am Bruttosozialprodukt von ungefähr 1,5 % entspricht. Die Schweiz rangiert damit bezüglich der Pro-Kopf-Ausgaben für Werbung an zweiter Stelle hinter den USA⁽¹⁾.

Die Macht und Einflussnahme und auch die Gefahren, die von einer überall und jederzeit gegenwärtigen Werbung ausgehen können, sind evident. Zahlreich sind denn auch die Normen sowohl des öffentlichen als auch des privaten Rechts, welche versuchen, diese Macht unter Kontrolle zu halten und die Gefahren einzudämmen.

Die Werbung in allen ihren Ausdrucksformen stellt aber auch einen bedeutenden Teil des modernen Kulturlebens dar, denn Werbung bedeutet auch Kreativität, Originalität und Kunst. Beispiele wechselseitiger Beeinflussung von Werbung und Kunst gibt es unzählige, und die Bedeutung der Impulse, die von der Werbung auf das Kulturschaffen ausgingen, kann kaum unterschätzt werden.

Diese positive Seite der Werbung gab den Anstoss für die vorliegende Arbeit. Dargestellt werden sollen nicht die Normen, welche vor der Werbung schützen, sondern diejenigen Bestimmungen, welche die Werbung selbst, in allen ihren vielfältigen Ausdrucksformen, schützen können.

1 Nachweise bei BAETTIG 9 und 20f. sowie bei DESSEMONTET, Questions actuelles, 313.

Die vorliegende Arbeit befasst sich also mit der Frage, auf welche Weise Werbemittel davor geschützt werden können, dass sie kopiert oder nachgeahmt werden(2). Wie in jedem anderen Wirtschaftszweig ist auch im Bereich der Werbung die Versuchung gross, erfolgreiche Ideen und Gestaltungen von Konkurrenten zu übernehmen, um sich auf diese Weise einen Teil der eigenen Arbeit zu ersparen oder um sich an den Erfolg eines Konkurrenten anzuhängen. Wieweit im allgemeinen der Gesetzgeber solche Nachahmungshandlungen verbieten soll, ist eine grundsätzliche Frage, deren Beantwortung wesentlich davon abhängt, an welchem wirtschaftlichen Leitbild sich eine Rechtsordnung orientiert. Für den Bereich der Werbung im besonderen ist aber zu beachten, dass sich die Werbung wesensmässig an das Publikum wendet und dass daher wie kaum in einer anderen Branche das Publikum sehr stark davon betroffen sein kann. Nachahmungshandlungen tangieren daher nicht nur die wirtschaftlichen Interessen der Konkurrenten, sondern ebenso sehr auch das Interesse des Publikums an klaren und eindeutigen Marktverhältnissen, denn Nachahmungen bergen immer auch die Gefahr von Verwechslungen und damit von Marktverwirrungen und Täuschungen in sich. Die Berücksichtigung dieser Tatsache wird dazu führen müssen, bei der Beurteilung von Nachahmungshandlungen im Bereich der Werbung einen eher strengen Massstab anzulegen.

Die Werbebranche selbst hat sich im Sinne einer Selbstkontrolle eigene Richtlinien gesetzt, die erlaubte von unerlaubten Handlungen abgrenzen sollen und auch einen dem Publikum gegenüber fairen Konkurrenzkampf sichern wollen. Zu erwähnen sind insbesondere die "Internationalen Richtlinien

2 Unter "Kopieren" wird hier das identische, vollkommen vorlagegetreue Nachmachen sowie das Reproduzieren durch technische Verfahren verstanden. "Nachahmen" bedeutet dagegen ein nur fast identisches, ähnliches Nachschaffen einer Gestaltung.

für die Werbepaxis" (IHK-Richtlinien), die von der Internationalen Handelskammer in Paris herausgegeben werden, sowie die Grundsätze für die Praxis der Schweizerischen Kommission zur Ueberwachung der Lauterkeit in der Werbung⁽³⁾. Von besonderer Bedeutung für die vorliegende Arbeit ist Grundsatz Nr. 10 Abs. 1 der Ueberwachungskommission, der (in Anlehnung an Art. 10 der IHK-Richtlinien) unter dem Randtitel "Nachahmung werblicher Gestaltungen" folgendes festhält: "Die Nachahmung werblicher Gestaltungen ist unlauter. Dies gilt auch, wenn sich die Nachahmung nur auf einzelne, aber wesentliche Elemente des Werbemittels, wie Headline, Layout, Signet, Bildfolge bei Filmen usw., bezieht."

Wie erwähnt handelt es sich bei diesen Richtlinien nur um ein Instrument der freiwilligen Selbstkontrolle; eine gerichtliche Durchsetzbarkeit solcher Grundsätze ist nicht möglich. Ziel der vorliegenden Arbeit ist es daher, zu untersuchen, wieweit auch das geltende Recht die Nachahmung von Werbemitteln verbietet. Dabei wird sich zeigen, dass zahlreiche unterschiedliche Bestimmungen, insbesondere des Immaterialgüterrechtes, herangezogen werden müssen, damit ein möglichst optimaler Schutz der Werbung erreicht werden kann. Die rechtlichen Grundlagen der verschiedenen behandelten Gesetze werden jeweils relativ ausführlich dargestellt, um eine rasche Orientierung über die rechtliche Situation zu ermöglichen, ohne dass in jedem Fall immer zuerst auf die Grundlagenliteratur zurückgegriffen werden muss. Da das Immaterialgüterrecht eng mit ausländischen (insbesondere mit der deutschen) Rechtsordnung zusammenhängt, werden, wo nötig, Hinweise auf die ausländische Rechtsprechung und Literatur gegeben. Dennoch wird vornehmlich die schweizerische Literatur und Rechtsprechung berücksichtigt, da Ziel dieser Arbeit primär eine gesamthafte Darstellung der heute in der Schweiz geltenden Rechtslage in bezug auf den Nachahmungsschutz der Werbung ist.

3 Sowohl die IHK-Richtlinien als auch für die Grundsätze der Ueberwachungskommission liegen in der Fassung von 1973 vor.

§ 2. Abgrenzung und Begriffe

I. Wirtschaftswerbung

Untersucht werden in der vorliegenden Arbeit die verschiedenen Ausdrucksformen der Wirtschaftswerbung. Darunter wird die geschäftliche, an die potentiellen Verbraucher gerichtete Absatzwerbung für Waren oder Dienstleistungen verstanden. Nicht unter diesen Begriff fallen die Propaganda für politische, religiöse und sonstige ideelle Interessen, ebenso wenig wie die Public Relations, welche nicht unmittelbar die Absatzförderung zum Ziel hat, sondern primär ein Unternehmen oder ein anderes Subjekt in der Öffentlichkeit möglichst positiv darstellen will.

II. Werbemittel

Der für die vorliegende Arbeit zentrale Begriff des Werbemittels wird in einem sehr weiten Sinn verwendet. Er erfasst grundsätzlich sämtliche Massnahmen, Botschaften und Gestaltungen, die in irgendeiner Weise die Absatzförderung für Waren und Dienstleistungen eines Werbetreibenden zum Ziel haben⁽⁴⁾. Insbesondere fallen unter diesen Begriff auch die verschiedenen Kennzeichen wie z.B. Marke und Firma sowie auch die äussere Gestaltung von Waren und Verpackungen, die vor allem in der heutigen Wirtschaftssituation bei vielen Produkten eine ganz erhebliche Werbefunktion erfüllen und auch dementsprechend stark durch Nachahmungen gefährdet sind.

⁴ Vgl. auch folgenden Auslegungsgrundsatz in der Einleitung zu den Internationalen Richtlinien für die Werbepaxis: "Das Wort 'Werbung' soll im weitesten Sinn ausgelegt werden, so dass es alle Arten werblicher Ankündigung für wirtschaftliche Güter und Dienstleistungen umfasst, einschliesslich der Werbung auf Verpackungen, auf Etiketten und auf Material für den Ort des Verkaufs."

Um dennoch eine begriffliche Abgrenzung zu schaffen, wird zwischen Werbemitteln im engeren Sinn und Werbemitteln im weiteren Sinn unterschieden. Als Werbemittel i.e.S. werden nur diejenigen Ausdrucksformen bezeichnet, welche primär und meistens auch ausschliesslich zum Zwecke der Werbung geschaffen werden wie Plakate, Werbefilme, Anzeigen, Slogans usw. Zu den Werbemitteln i.w.S. werden auch alle übrigen Gestaltungen gezählt, deren Hauptfunktion zwar nicht in der Werbung liegt, die aber doch sekundär auch noch eine Werbefunktion erfüllen. Dazu gehören, wie erwähnt, beispielsweise Marken, Signete und andere Kennzeichen sowie Warengestaltungen und Verpackungen.

III. Werbeträger

Die Werbemittel sind von den Werbeträgern zu unterscheiden. Während die Werbemittel in sich die eigentliche Botschaft enthalten, die der Werbetreibende den Werbeadressaten mitteilen will, sind die Werbeträger nur Hilfsmittel, um die in den Werbemitteln verkörperte Botschaft weiterzuleiten und zu verbreiten. Für sich allein vermitteln sie keine Aussage. Zu den meistbenutzten Werbeträgern gehören die verschiedenen Verbreitungsmedien wie Presse, Radio und Fernsehen, Kino und Plakatwände, doch können beispielsweise auch Häuserfassaden, Fahrzeuge und sogar Personen als Werbeträger dienen(6).

6 Da der Schutz der Werbeträger nicht Gegenstand der Untersuchung ist, wird insbesondere das Patentrecht nicht berücksichtigt, da dieses höchstens für den Schutz neuartiger Werbeträger (z.B. für neue Verbreitungsverfahren) in Frage kommen könnte, für Werbemittel aber keine Bedeutung hat. Vgl. dazu SCHMIDT 49f. Die Abgrenzung zwischen Werbemittel und Werbeträger kann manchmal nur schwer vorgenommen werden, da oft nur eine begriffliche und keine körperliche Trennbarkeit möglich ist.

V. Rechtsausübung, Berechtigte

Im Normalfall wird in der vorliegenden Arbeit davon ausgegangen, dass derjenige, der mit einem Werbemittel für seine Waren oder Dienstleistungen wirbt, auch der Berechtigte an diesem Werbemittel ist und die Rechte nicht nur nutzen, sondern nötigenfalls auch gerichtlich durchsetzen kann. Es versteht sich von selbst, dass in Wirklichkeit die Rechtsverhältnisse nicht immer so einfach liegen. So bereitet insbesondere die Interpretation vertraglicher Bestimmungen über die Abtretung von Rechten von der Werbeagentur an den Kunden oder vom Werbeschaffenden an die Agentur immer wieder Schwierigkeiten. In diesem Bereich besteht eine Fülle verschiedenartiger Regelungen und Vertragstypen⁽⁷⁾, und oft wird nicht klar, welche Rechte in welchem Umfang abgetreten wurden. Auch werden heute die meisten Werbemittel von mehreren Beteiligten geschaffen, so dass oft sehr komplizierte Rechtsverhältnisse entstehen⁽⁸⁾. Je nachdem, wer als Berechtigter auftritt und gegebenenfalls auch in einem Prozess seine Ansprüche geltend macht, können sich aber auch die Rechte und die Schutzmöglichkeiten ändern. Eine Untersuchung all dieser Fragen würde jedoch den Rahmen der vorliegenden Arbeit bei weitem sprengen, weshalb von der erwähnten einheitlichen Sachlage ausgegangen wird.

7 Zu den in der Werbebranche typischen vertraglichen Bestimmungen vgl. insbesondere REINHART, Urheberrecht und Werbung, 581ff.

8 Zur Problematik der Werkschaffung durch mehrere Beteiligte sei insbesondere auf LARESE 114ff. hingewiesen.

§ 3. Marke und Werbung

Werbung ist heute zum grössten Teil Markenartikel- und damit Markenwerbung. Allein die Möglichkeit der Markenwerbung erlaubt es dem Hersteller, direkt und ohne Einschaltung des Zwischenhandels an die Verbraucher zu gelangen. Die Marken gehören damit zu den wichtigsten Werbemitteln überhaupt(1) und zählen ausserdem zu den Werbemitteln mit der höchsten Frequenz(2). Marke und Werbung müssen dabei in einer Wechselbeziehung gesehen werden: Einerseits baut die Werbung die Marke auf, dann ist diese das Objekt der Werbung; andererseits hilft die Marke der Werbung und ist dann ein bedeutendes Werbemittel(3).

Diese grosse Bedeutung der Marken als Werbemittel und die Tatsache, dass die markenrechtlichen Grundsätze auch für andere Gesetze (insbesondere für den Ausstattungsschutz) Gültigkeit haben, rechtfertigen die relativ ausführliche Behandlung des markenrechtlichen Schutzes an dieser Stelle.

Mit der sogenannten Werbefunktion der Marke befasste sich auch die juristische Literatur immer wieder. Ein kurzer Ueberblick soll im folgenden die verschiedenen Stellungnahmen aufzeigen. Da gerade im Markenrecht viele grundlegende Entscheidungen auf die Auffassung der Verbraucher abstellen, wird diese Werbefunktion anschliessend besonders im Hinblick auf ihre Bedeutung für die Konsumenten etwas genauer untersucht.

1 DAVID, Werberecht, 66; VOLTMER 208: "Die Marke ist im ursprünglichsten Sinne des Wortes Werbung."

2 Werbung II 944.

3 BAUMBACH/HEFERMEHL, WZG, N 13 zur Einl.; WOLFF/CRISOLLI 269 bezeichnen die Marke als ein Hilfsmittel zur Formulierung des Inhaltes von Reklamekundgebungen in konzentrierter Form.

I. Die Werbefunktion in der Literatur

In fast allen markenrechtlichen Abhandlungen wird die Werbefunktion als tatsächliche oder wirtschaftliche Funktion der Marke erwähnt und die Bedeutung der Marken für die Werbung hervorgehoben(4).

In einem grundlegenden Aufsatz setzte sich schon im Jahre 1929 ISAY mit der Werbefunktion auseinander(5). ISAY geht von der grundlegenden Feststellung aus, dass in der Marke selbst ein Eigenwert liegen kann, der sich nicht auf die Qualität des gekennzeichneten Produktes abstützen muss, sondern der Marke auch völlig unabhängig von der Ware zukommt. Dieser Eigenwert, der eine beträchtliche Werbewirkung hat, kann nach ISAY einmal darin liegen, dass eine Marke durch ihren Ideen- oder Bildgehalt auf den Betrachter wirkt und ihn dadurch im Sinne einer werbenden Ansprache beeinflusst. Der Werbewert liegt in diesem Fall gänzlich in der Marke selbst. Ebenfalls als selbständiges Gut betrachtet ISAY jene Marken, welche durch Anspielungen auf Ereignisse oder Personen Ideenverbindungen und Assoziationen auslösen und auf diese Weise eine ansprechende Wirkung entfalten(6). Als dritte Kategorie erscheinen jene Marken, für die ein grosser Werbeaufwand betrieben wurde und die nun die dadurch geschaffene Werbekraft verkörpern(7).

4 GENRE 17; MAEDER 66; MANSER 9f.; MATTER 45; SCHLUEP 76ff.; SPOENDLIN, Interessen, 15 Anm. 18; ders., Verzicht, 5; TROLLER 342 Anm. 407; ZEHNDER 7ff.

5 ISAY, H.: Die Selbständigkeit des Rechts an der Marke, GRUR 1929, 23ff., insbes. 26ff.

6 Diese beiden erstgenannten Kategorien von Marken lassen sich nicht eindeutig voneinander abgrenzen, da sich nicht genau trennen lässt, was gänzlich in der Marke selbst liegt und was sich aus Assoziationen ergibt. Aus der Markentheorie vgl. dazu z.B. MEYER 160: "Jeder Name, der zur Marke werden soll, bringt eine gewisse Eigenbedeutung, ausgelöste Assoziationen also, mit sich."

7 Die Bedeutung dieser Kategorie von Marken ist in der heutigen Zeit sehr gross. Die Marke ist hier aber vorerst nicht das Werbemittel selbst, sondern das Objekt der Werbung.

Schliesslich fügt ISAY noch die Marken hinzu, welche ihre Werbekraft nicht nur aus der für sie gemachten Reklame, sondern auch aus der Güte der Waren, welche sie kennzeichnen, beziehen. Er weist jedoch selbst darauf hin, dass in diesem Fall die Werbefunktion nicht mehr rein in Erscheinung trete(8).

Es kann festgehalten werden, dass ISAY wohl als erster mit Nachdruck auf die Werbekraft als bedeutender Eigenwert einer Marke hinwies und diese Werbefunktion als eigenständige Grundfunktion der gänzlich anders gearteten Herkunftsfunktion gegenüberstellte und klar vor ihr abgrenzte. Als Konsequenz dieser tatsächlichen Verschiedenheit forderte ISAY einen speziellen rechtlichen Schutz der Werbefunktion.

Auch SCHLUEPP; der sich eingehend mit ISAYS Studie befasste(9), kommt zum Schluss, dass die Werbefunktion die zweite Grundfunktion der Marke neben der Unterscheidungsfunktion sei und dass sich alle übrigen in der Lehre erwähnten Funktionen auf eine dieser beiden Funktionen reduzieren liessen(10). Insbesondere die in der Literatur verschiedentlich erwähnte Wertfunktion setzt SCHLUEP mit der selbständigen Attraktionskraft eines Zeichens gleich. Als Werbefunktion bezeichnet er die einem Zeichen "immanente oder durch Werbung zugeordnete Werbekraft"(11).

Im italienischen Recht befasste sich insbesondere VANZETTI ausführlich mit der Werbefunktion der Marke, die er als Suggestivfunktion bezeichnet(12). Auch VANZETTI stellt die Suggestiv- oder Werbefunktion als eine Grundfunktion der Un-

8 ISAY (a.a.O. Anm. 5) 27; im Sinne der Verbindung Warenqualität/Wert der Marke sieht z.B. ZIMMERLI 17 die Werbefunktion an.

9 SCHLUEP 76ff.

10 SCHLUEP 81ff.; in diesem Sinne übrigens auch TROLLER, Wesen und Unwesen, 312.

11 Folgerichtig führt er die Tatsache, dass eine Marke nur durch das von ihr gekennzeichnete Produkt Werbekraft besitzt, auf die Unterscheidungsfunktion zurück.

12 VANZETTI 130ff. VANZETTIS klar aufgebaute Feststellungen betreffen primär tatsächliche Gegebenheiten über das Wesen der Marke und haben daher allgemeine Bedeutung.

terscheidungsfunktion gegenüber und grenzt sie deutlich von dieser ab. Ähnlich wie ISAY stellt er fest, dass die Suggestivkraft eines Zeichens entweder von dessen formalen Besonderheiten (visuelle oder klangliche Wirkung) ausgehe oder aber eine Folge der überredenden Werbung bilde⁽¹³⁾ und dass sie unabhängig von Qualität oder Preis der Ware sei. Im Gegensatz zu ISAY hält VANZETTI die Suggestiv- oder Werbefunktion nicht für schützenswert, da ein solcher Schutz einem Wettbewerb von Preis und Qualität zuwiderlaufen würde und zu einer nicht erwünschten Honorierung fragwürdiger Werbeleistungen führen würde⁽¹⁴⁾.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Werbe- oder Suggestivfunktion der Marke als eine tatsächliche wirtschaftliche Funktion von einiger Bedeutung allgemein anerkannt wird und dass sich diese Funktion offensichtlich in keiner Weise auf die Unterscheidungsfunktion zurückführen lässt, sondern gänzlich von dieser verschieden ist⁽¹⁵⁾.

II. Zunehmende Bedeutung der Werbefunktion in neuerer Zeit

1. Die Marke als Imageträger

In den oben zitierten Aufsätzen von ISAY und VANZETTI wurde ausdrücklich auf die Werbefunktion und den daraus resultierenden Eigenwert einer Marke hingewiesen. Durch die wirtschaftliche Entwicklung der letzten Jahre wurde die Bedeutung der Werbefunktion zumindest für bestimmte Marken

13 Er spricht daher von einer ursprünglichen und einer nachträglich erworbenen Suggestivwirkung (VANZETTI 132).

14 VANZETTI 138f.

15 Um begriffliche Verwirrungen zu vermeiden, ist noch darauf hinzuweisen, dass der Begriff der Werbefunktion nichts zu tun hat mit dem Problem der Verwendung der Marke in der Werbung (vgl. dazu hinten 116f.). Ebenso wenig ist damit der spezielle Sachverhalt gemeint, wo eine Marke eine reklamemässige Aussage enthält.

noch einmal deutlich vergrößert. Es sind vor allem zwei Phänomene in der modernen sogenannten Konsumgesellschaft, welche dazu beitragen, die Bedeutung der Werbefunktion noch zu verstärken.

Zum einen ist in der Befriedigung der Grundbedürfnisse und auch vieler Nebenbedürfnisse ein hoher Sättigungsgrad erreicht worden, da die Konsumenten alles besitzen, was sie zum Leben benötigen, und meistens viel mehr als das. Für viele Güter stagniert daher der Markt und strebt im Prinzip auf eine totale Marktsättigung zu(16).

Zum anderen sind sehr viele moderne Produkte technologisch völlig oder annähernd ausgereift(17) und ähneln sich - bedingt durch die Notwendigkeit der industriellen Massenfertigung - auch äusserlich sehr stark. Es entsteht dadurch eine "Homogenisierung der Güter"(18), vielfach sogar eine Austauschbarkeit der Produkte verschiedener Hersteller(19).

Es kann daher festgehalten werden, dass es immer weniger neue Produkte gibt, die effektiv einem Bedürfnis entsprechen, und dass es tendenziell immer weniger Güter gibt, die sich wirklich durch ihre verschiedene Qualität voneinander unterscheiden(20). Die Differenzierung der Produkte muss daher in anderer Weise erfolgen. Eine Differenzierung ist aus marktpolitischer Sicht dringend notwendig, da der genannten Gleichartigkeit vieler Produkte der eindeutige Wunsch der Verbraucher nach individueller Bedürfnisbefriedigung, allgemein das Streben des Menschen aus der Anonymität heraus,

16 WINKELGRUND 110f.

17 MEYER 159; WINKELGRUND 15. Dazu gehören nicht nur Waren wie z.B. Waschmittel oder Kosmetika, sondern auch viele anspruchsvolle technische Geräte und andere Produkte.

18 WISWEDE 136.

19 Die Ergebnisse von Warentests, bei denen die Bewertungen vielfach nur noch zwischen "gut" und "sehr gut" schwanken, beweisen diese Entwicklung. (Immerhin zeigt aber die offensichtliche Notwendigkeit solcher Tests auch, dass doch noch Unterschiede vorhanden sind.)

20 DICHTL 22 weist auf einen "Mangel an Möglichkeiten zur Differenzierung anhand objektiver Qualitätskomponenten" hin.

gegenübersteht(21). Direkt damit verbunden ist aber auch der Wunsch der Konsumenten, sich einer bestimmten Gruppe zugehörig zu zeigen(22). Beides versucht der Mensch unter anderem durch die Güter, mit denen er sich umgibt, zu erreichen. Für die Produzenten entsteht dadurch folgerichtig der Zwang, ihre Produkte auf andere Weise als durch technologischen Fortschritt voneinander abzuheben. Die Differenzierung der Produkte wird daher in vielen Fällen zu einer Aufgabe der Werbeabteilung(23). Diese muss dem Produkt ein besonderes Image, einen bestimmten Bedeutungsinhalt zuordnen, damit sich die Ware von anderen, an sich gleichwertigen Produkten unterscheidet(24).

Für die Verkörperung solcher Bedeutungsinhalte eignet sich nun in ganz hervorragender Weise die Marke. Sie erlaubt es, in einem einzigen Zeichen (Wort, Bild oder einer Kombination von beidem) alle verschiedenen Facetten eines Produktimages zusammenzufassen und dem Publikum in verkürzter Form mitzuteilen. Die Marke wird damit zur schlagwortartigen Verkürzung der Werbebotschaft, zur Verkörperung des Produktimages(25). Der durch Werbung geschaffene Eigenwert zeigt sich in dieser Situation besonders deutlich: Der Wert der Marke leitet sich eindeutig nicht mehr aus der Qualität des gekennzeichneten

21 MEYER 160; Werbung II 1563.

22 WINKELGRUND 16.

23 BURMANN 6; MEYER 165; WINKELGRUND 85. Die abnehmende Bedeutung der Qualität als Mittel der Produktdifferenzierung kann sich auch auf die Werbung i.e.S. auswirken. So wurden z.B. die Slogans "Opel - der Zuverlässige" sowie "und läuft und läuft und läuft" (Volkswagen) nach jahrzehntelangem Gebrauch als überholt abgeschafft, da sie nicht mehr in eine Zeit passten, in der die technische Qualität eines Autos als selbstverständlich angesehen wird (Beispiel bei BONGARD 96). Ein grosser Teil der Automobilwerbung baut aber auch heute noch primär auf Qualitätshinweisen auf, da es noch immer wesentliche Unterschiede zwischen den einzelnen Automarken gibt und eine "echte" Differenzierung daher noch möglich ist.

24 WISWEDE 136 spricht von der "psychologischen Differenzierung der Güter". Bei Waren, bei denen dies herstellungstechnisch möglich ist, kann die Differenzierung auch durch ein eigenständiges Design erzielt werden, vgl. dazu hinten 128f.

25 Es wird auch der Begriff "Markenpersönlichkeit" verwendet: vgl. z.B. WISWEDE 138. MEYER 165 spricht vom "Fremdbild" der Marke.

Produktes ab, sondern wurde der Marke durch die Werbung zugeordnet und liegt daher gänzlich in der Marke selbst(26). So verlagert sich in einer Produktionssituation, in der sich die Waren technisch immer ähnlicher werden, der Wettbewerb der Qualität immer mehr zu einer "Konkurrenz der Namen"(27). Die Bedeutung der Marken, die ihren Eigenwert aus der für sie gemachten Werbung ableiten, hat daher in neuerer Zeit stark zugenommen.

2. Marken mit ursprünglichem Eigenwert

Auch jene Marken, deren Wert gänzlich im Zeichen selbst begründet ist, die also eine ursprüngliche Werbewirkung ausstrahlen, haben zusätzlich an Bedeutung gewonnen. Durch das Ueberhandnehmen reiner Phantasie marken und durch die Anwendung tiefenpsychologischer Erkenntnisse, insbesondere der Motivforschung(28), wurde die Möglichkeit, Marken mit hohem ursprünglichem Eigenwert zu schaffen, bedeutend erweitert. Marken, welche mit Hilfe dieser wissenschaftlichen Erkenntnisse geschaffen werden, erlauben ein direktes, oft an das Unbe-

26 ZIMMERLI 28 spricht von einem Zusatznutzen, den die Werbung dem Verbraucher verspreche. Dieser Zusatznutzen liege in dem jeweiligen Image. Voraussetzung für die langfristige Zuordnung eines solchen Images ist ein gewisses Qualitätsniveau der gekennzeichneten Waren, denn eine minderwertige Ware zerstört meistens nach kurzer Zeit auch das beste Image. Grundsätzlich spielt es aber m.E. keine Rolle, ob eine Ware, welche in der Werbung als besonders prestigeträchtig herausgestellt wird, auch einen entsprechenden "echten" Wert (hohe Qualität) verkörpert, denn der Konsument wird schon befriedigt, indem er mit dem Erwerb der Markenware das Prestige erhält, an das er - beeinflusst durch die Werbung - glaubt. Von einer Irreführung des Verbrauchers kann daher nicht gesprochen werden, wenn qualitativ minderwertige Ware als besonders prestigeversprechende, exklusive Ware verkauft wird, es sei denn, der Verbraucher werde über die Herkunft (und damit evtl. über die Qualität) getäuscht. Vgl. zu dieser Problematik BURMANN 5.

27 MEYER 159; VANZETTI 138 spricht von einer "Auswahl unter Symbolen" anstelle der üblichen "Auswahl unter den Erzeugnissen".

28 Auf diese Möglichkeiten wies Vance PACKARD (Die geheimen Verführer) schon im Jahre 1958 hin. Ebenso VANZETTI 130.

wusste appellierendes Ansprechen des Konsumenten(29) und verkörpern damit einen hohen ursprünglichen Eigenwert.

3. Zusammenfassung

Der Werbewert und damit die Werbefunktion der Marken haben in neuerer Zeit stark an Bedeutung gewonnen. Die Entwicklung geht bei einzelnen Marken so weit, dass diese nicht mehr primär die Assoziation "Zeichen - Ware" auslösen, sondern fast ausschliesslich die Verbindung "Zeichen - Image". Diese Marken werden dadurch völlig vom Produkt lösbar und können als eigenständige Werbemittel auch auf gänzlich verschiedenen Produkten ihre Werbewirkung entfalten.

Die vorangegangenen Ausführungen hatten einerseits zum Ziel, die Bedeutung der Marke als Werbemittel zu unterstreichen und damit die relativ ausführliche Behandlung des Markenrechtsschutzes in der vorliegenden Arbeit zu rechtfertigen. Andererseits verweisen sie aber auch auf das Problem der sogenannten "berühmten Marken" und ganz allgemein auf die Problematik der Beschränkung des Markenschutzes auf bestimmte Warenkategorien. Auf diese Problematik wird noch näher eingegangen werden(30); festgehalten werden kann schon an dieser Stelle, dass sich das Problem der Bindung des Markenschutzes an Warenkategorien nicht nur isoliert bei den berühmten Marken stellt, sondern dass dieses Problem sehr stark auch im Zusammenhang mit dem jeweiligen Image der Marke und ganz allgemein mit der Werbefunktion der Marke zu sehen ist.

29 Die Aussage von TROLLER, Wesen und Unwesen, 312, dass nur ausnahmsweise geschickt gewählte Worte und Bilder schon Werbekraft mit sich brachten, wird dadurch relativiert. Marken werden heute nur selten mehr oder weniger geschickt gewählt, sondern nach wissenschaftlich fundierten Kriterien ausgesucht und gestaltet.

30 Vgl. hinten 45ff. Die rechtlichen Folgerungen betreffen auch das Problem der freien Uebertragbarkeit der Marke und des Benutzungszwanges. Diese Fragen haben aber im Zusammenhang mit der vorliegenden Arbeit nur eine untergeordnete Bedeutung.

III. Gleichbleibende Bedeutung der Herkunftsfunktion

Wie vorgängig geschildert wurde, hat die Werbefunktion der Marke, bedingt durch die wirtschaftliche Entwicklung, stark an Bedeutung gewonnen. Die Herkunftsfunktion, die grundsätzlich zum Wesen jeder Marke gehört, wurde durch diese Entwicklung aber keineswegs in den Hintergrund gedrängt. Gerade das Prinzip der Markenartikelwerbung, die sich direkt vom Hersteller ohne Einschaltung des Zwischenhandels an den Konsumenten richtet, macht dem Käufer immer wieder - wenn auch oft nur unbewusst - deutlich, dass die gekennzeichneten Produkte von einem bestimmten Hersteller stammen(31).

Im übrigen wurde auch statistisch nachgewiesen, dass sich die Vorstellung der Verbraucher, ein Markenzeichen sei ein Herstellerhinweis, in den letzten Jahren eher verstärkt hat(32). Nach wie vor scheint die Herkunftsfunktion für die Konsumenten auch von grosser Bedeutung zu sein. So wünschte in Befragungen eine überwiegende Mehrheit von Befragten, dass bei den Handelsmarken zusätzlich auch noch ein Hersteller-nachweis angegeben werden sollte(33).

Diesen berechtigten Interessen des Publikums hat der Markenschutz Rechnung zu tragen. Ein Markenrecht, das sich primär auf die Herkunftsfunktion abstützt, erscheint daher, trotz der vorgängig geschilderten Verlagerungen in den Funktionen der Marke, als durchaus gerechtfertigt und keineswegs als überholt.

31 So schon ISAY (vgl. vorne Anm. 5) 25; ähnlich SPOENDLIN, Verzicht, 5, der die Werbefunktion als zur Unterscheidungsfunktion akzessorisch ansieht, da das Publikum wisse, woher die grossen Propagandafeldzüge ausgehen würden. Vgl. auch MEYER 162: "Rückkoppelung im System des Markenartikels bedeutet, dass die Marke den letzten Nachfragern (...) die Chance bietet, mit dem Hersteller in direkte Beziehung zu treten. Diese Möglichkeit zu zweiseitiger Kommunikation ist dem Markenartikel immanent."

32 Nachweise bei GEIGER 239ff.; dies wurde auch in einer neuen Befragung bestätigt: vgl. HENNING-BODEWIG, F./KUR, A.: Markenrecht und Verbraucherschutz, GRUR 1985, 493ff., insbes. 499 und 501f.

33 GEIGER 239ff. begründet dies mit einer Art "Urheberrechtsempfinden" der Bevölkerung.

S 4. Rechtsschutz der Marke im MSchG

Marken gibt es auch ohne ein Markenschutzgesetz(34). Der Begriff "Marke" ist im allgemeinen Sprachgebrauch allerdings ziemlich unbestimmt und kann wohl auch nicht abschliessend festgelegt werden(35). Ganz allgemein kann man die Marke als ein Mittel zur Kennzeichnung bezeichnen, in einem etwas engeren Sinn etwa als "Auszeichnung oder Bezeichnung von Gütern und Leistungen, die gleichartig in grosser Zahl auf einem Markt angeboten und verkauft werden"(36).

Der gesetzliche Begriff der Marke ist dagegen im MSchG relativ klar festgelegt: Als Marken gelten gemäss Art. 1 MSchG: "1. Geschäftsfirmen, 2. Zeichen auf der Ware oder der Verpackung, welche zur Unterscheidung oder Feststellung der Herkunft gewerblicher Erzeugnisse dienen." Um festzustellen, welche Werbemittel unter den gesetzlichen Markenbegriff fallen und damit durch das MSchG geschützt sind, wird im folgenden der Begriff anhand der von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze noch etwas näher präzisiert.

I. Begriff und Schutzvoraussetzungen

1. Warenkennzeichen

Marken im Sinne des MSchG kennzeichnen Waren. Die (tatsächlich vorhandenen) Dienstleistungsmarken werden nicht vom Begriff erfasst(37). Da das BAGE die Vermietung von Waren

34 TROLLER 205 spricht vom "metarechtlichen Sein" der Marke.

35 Zur Verwendung des Begriffs im allgemeinen Sprachgebrauch vergleiche ausführlich SCHLUEP 1ff.

36 VOLTMER 208.

37 In einem neuen MSchG sollen sie Schutz finden: TROLLER 201. Vorläufig sind sie durch das UWG geschützt (vgl. hinten 117).

(z.B. Autovermietung) der Herstellung von Waren gleichstellt, können gewisse Dienstleistungsunternehmen ihre Marken dennoch hinterlegen(38). Ebenso können Banken, Reisebüros usw. ihre Marken für Waren hinterlegen, die sie selber herausgeben und die eng mit dem Geschäftszweck im Zusammenhang stehen und nur gegen Entgelt und nicht nur zu Reklamezwecken abgegeben werden(39).

2. Selbständigkeit

Die Marke muss gegenüber der Ware oder der Verpackung selbständig sein; körperliche Trennbarkeit wird allerdings nicht verlangt(40). Aus diesem Grund kann die Form der Ware oder der Verpackung nicht Marke sein, denn sie bildet mit dem Produkt oder dessen Verpackung eine völlige Einheit(41).

3. Geschlossenheit

Die Marke muss einen einigermaßen geschlossenen Eindruck machen, damit sie ihre Aufgabe, Waren auf Anhieb voneinander zu unterscheiden, erfüllen kann(42). Ein sich wiederholendes Muster oder die durchgehende Verzierung einer Ware können daher nicht Marke sein(43). Dagegen kann eine ganze äussere

38 SCHMIDT 398 erwähnt als Beispiel ein Transportunternehmen, das seinen Kunden Container zur Verfügung stellt. Für diese Container kann das Unternehmen seine Marke eintragen lassen.

39 SCHMIDT 398 erwähnt Reiseführer, Fahrpläne, Finanzbulletins. MARBACH 26 weist auf die Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen reinem Werbematerial und Waren mit selbständiger Bedeutung hin.

40 VON BUEREN N 18 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG; MARBACH 30; TROLLER 255.

41 MARBACH 30; ähnlich DAVID, Suppl., 35 (N 21 zu Art. 1 MSchG).

42 ARQUINT 16 und TROLLER 256 leiten dieses Erfordernis offenbar aus Art. 1 MSchG ab, MATTER 45 dagegen aus Art. 6 MSchG; vgl. auch MARBACH 31f.

43 DAVID N 10 zu Art. 1 MSchG; MARBACH 32 mit Hinweisen auf die Praxis des BAGE.

Verpackungsgestaltung in Form von mehreren Bildmarken hinterlegt werden(44).

4. Unterscheidungsfähigkeit; Massstab der Verwechselbarkeit

Die Marke hat primär die Aufgabe, Waren des Markeninhabers von den gleichartigen Waren anderer Hersteller oder Handelsunternehmen klar zu unterscheiden. Dies setzt voraus, dass die Marke einerseits selbst Unterscheidungskraft besitzt und dass sie sich andererseits von schon im Gebrauch stehenden Zeichen (im weitesten Sinn) unterscheidet(45).

a) Nicht geschützt werden können daher die folgenden Zeichen:

aa) Zeichen, die Gemeingut sind (Art. 3 Abs. 2 MSchG).
Dazu gehören:

- Sachbezeichnungen und Beschaffenheitsangaben, also Zeichen, welche über die Beschaffenheit der gekennzeichneten Ware Auskunft geben(46). Die Beziehung zur Ware muss dabei ohne besondere Ueberlegungen ersichtlich sein; eine Marke, die bloss eine Gedankenassoziation oder Anspielung auf die Ware enthält, ist deswegen noch nicht schutzunfähig(47). Unter die Beschaffenheitsangaben fallen auch Sachbezeichnungen, beschreibende Angaben(48) und Qualitätshinweise. Letztere sind für die Werbung von besonderer Bedeutung, denn damit sind auch eigentliche Werbeworte gemeint(49).

44 DAVID N 23 zu Art. 1 MSchG erachtet eine Aufteilung in mehrere Bildmarken als unnötig.

45 MATTER 45; SCHLUEP 15; TROLLER 212.

46 Vgl. dazu ausführlich DAVID N 19ff. zu Art. 3 MSchG MARBACH 53ff.

47 BGE 103 Ib 268ff.

48 DAVID, Werberecht, 390 halt es jedoch für angebracht, dass auch originelle beschreibende Angaben (z.B. "Rachenputzer" für Hustenbonbons) für die betreffenden Waren monopolisiert werden könnten, da sie für den übrigen Verkehr immer noch frei bleiben würden.

49 Z.B. "more" (BGE 103 II 341), "Vantage" (BGE 108 II 487).

- Herkunftsbezeichnungen und -angaben(50).
- Einfache Zeichen, die nur aus einzelnen Zahlen und Buchstaben oder aus kurzen Kombinationen derselben bestehen und in der Regel keine Unterscheidungskraft besitzen(51). Ähnliches gilt für graphische Grundelemente.
- Freizeichen, d.h. solche Zeichen, die durch allgemeinen Gebrauch zu Beschaffenheitsangaben degenerierten(52).

Zeichen, die Gemeingut sind, können jedoch als Marken eingetragen werden, wenn nachgewiesen wird, dass sie sich im Verkehr durchgesetzt haben(53). Dies ist vor allem bei Herkunftsangaben und einfachen Zeichen möglich, weniger dagegen bei Sachbezeichnungen, da diese für den Verkehr oft unentbehrlich sind(54).

bb) Sittenwidrige Zeichen (Art. 3 Abs. 4 MSchG). Dazu gehören anstössige sowie unwahre oder täuschende Zeichen(55).

cc) Oeffentliche Wappen und andere Hoheitszeichen.

50 BGE 69 II 208, 64 II 246; DAVID N 35 zu Art. 3 MSchG; MATTER 62ff. Zu den Voraussetzungen und Schranken der Verkehrsdurchsetzung vgl. ausführlich MARBACH 67ff.

51 Näheres bei MARBACH 63ff.; SCHMIDT 400; TROLLER 309f.

52 Näheres bei DAVID N 26ff. zu Art. 3 MSchG; MARBACH 61f. TROLLER 300ff.; Beispiele: "Saccharin"; Zoom-Objektive wurden erstmals von der Firma "Zoom Inc." in New York hergestellt ("Zoom" ist allerdings ein Grenzfall einer Beschaffenheitsangabe: engl. to zoom = emporziehen).

53 Vgl. dazu insbesondere die Ausführungen bei MARBACH 74ff.

54 DAVID, Suppl., 41 (N 35 zu Art. 3 MSchG).

55 Vgl. dazu ausführlich DAVID N 36ff. zu Art. 3 MSchG; MARBACH 89ff.; TROLLER 310ff. Als täuschende und unwahre Zeichen können auch übertriebene Werbeaussagen gelten. Zur Problematik, ob in einem durch Werbung geschaffenen Produktimage, das in der Marke verkörpert ist und nicht den tatsächlichen Produkteigenschaften entspricht, eine Täuschung der Verbrauchererwartungen liegen kann, vgl. BURMANN 5f. und vorne Anm. 26.

b) Die Marke muss sich von allen anderen Marken, die gleichartige Waren kennzeichnen, unterscheiden. Art. 6 Abs. 1 MSchG verlangt, dass sich die Marke durch wesentliche Merkmale von den bisherigen Marken unterscheidet. Literatur und Rechtsprechung haben diesen Grundsatz ausführlich erörtert und präzisiert. An dieser Stelle sollen nur einige Grundsätze hervorgehoben werden.

aa) Bei der Beurteilung der Frage, ob Verwechslungsgefahr vorliegt, ist auf den Gesamteindruck abzustellen(56). Dabei können auch nebensächliche oder gemeinfreie Bestandteile wichtig werden(57).

bb) Massgeblich ist das Erinnerungsbild des Letztabnehmers. Der Käufer, der nicht immer beide Marken gleichzeitig zu Gesicht bekommt, wird vor allem die charakteristischen Merkmale im Gedächtnis behalten. Details, die in der Erinnerung sofort verblassen, sind daher nicht zu beachten(58).

cc) Da auf das Erinnerungsbild abzustellen ist, kann eine Verwechslungsgefahr auch durch einen ähnlichen Inhalt oder ein ähnliches Motiv der Marke entstehen. TROLLER hält dazu fest: "In der Erinnerung haftet eine aus dem Zeichen abgeleitete Vorstellung und nicht das Zeichen selber"(59). Es können daher auch Zeichen, welche die gleiche Ideenassoziation hervorrufen, verwechselbar sein, auch wenn sie sich in der äusseren Form an sich genügend unterscheiden würden.

56 BGE 98 II 143; 96 II 404; 95 II 467; 92 II 424ff. (besondere Bedeutung bei kombinierten Wort-Bild-Marken); DAVID N 5 zu Art. 6 MSchG; MATTER 99; TROLLER 220.

57 Vgl. HG Bern, ZBJV 100 (1964), 332: Bei den Marken "Pantex" und "Playtex" verstärkt die Endsilbe, die an sich gemeinfrei ist, die Verwechslungsgefahr.

58 BGE 93 II 427; DAVID N 2 zu Art. 6 MSchG; TROLLER 230.

59 TROLLER 235.

In extremen Fällen (bei sehr hoher Verkehrsgeltung und/oder besonderer Originalität) kann sogar eine Wortmarke mit einer Bildmarke verwechselbar sein, sofern beiden dasselbe Motiv zugrunde liegt(60). Umgekehrt kann die Verwechslungsgefahr dadurch aufgehoben werden, dass zwei Zeichen, die klanglich ähnlich sind, einen völlig anderen Sinngehalt haben und andere Assoziationen auslösen(61). Ein so verstandener Motivschutz bedeutet keine Monopolisierung der einer Marke zugrunde liegenden Idee und ist daher markenrechtlich durchaus zulässig(62).

dd) Der Warenabstand beeinflusst die Verwechslungsgefahr: je grösser die Warennähe, desto strenger wird der Massstab(63).

ee) Ob die Marke mit Absicht nachgeahmt wurde, kann bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr unter Umständen eine Rolle spielen(64).

ff) Wird durch intensive Werbung die Verschiedenheit zweier Marken deutlich hervorgehoben, so kann damit eventuell die Verwechslungsgefahr behoben werden(65).

Eine amtliche Prüfung der Verwechselbarkeit anhand der genannten Kriterien wird nicht vorgenommen, es findet nur eine summarische Vorprüfung der formellen Erfordernisse statt(66).

60 Das BGer bejahte dies für die Verletzung einer Wortmarke durch eine Wort-Bild-Marke: BGE 48 II 140 und 96 II 248.

61 BGE 87 II 43 ("Blick"/"Quick"); HG Zürich, ZR 71 (1972), 114f. ("Seven-up"/UP für uperisierte Milch).

62 DAVID N 6 zu Art. 6 MSchG; MATTER 106; TROLLER 235; ARQUINT 40f. weist auf die besondere Bedeutung des Motivschutzes für den Schutz von Slogans hin.

63 DAVID N 1 zu Art. 6 MSchG (mit zahlreichen Hinweisen).

64 TROLLER 229; TROLLER, Kurzlehrbuch, 53 (mit Hinweisen auf Entscheidungen des BGer).

65 DAVID, Suppl., 52 (N 7 zu Art. 6 MSchG); BGE 93 II 267.

66 DAVID N 18b zu Art. 3 MSchG; SPOENDLIN, Schutzbedürfnis, 238f.; TROLLER 514f.

c) Bei der Markenbildung ist auch auf bestehende Urheber-, Namens-, Firmen-, Muster- und Modellrechte Rücksicht zu nehmen(67).

d) Marken im Sinne des MSchG sind nur solche Zeichen, die in der Absicht angebracht werden, Waren als aus einem bestimmten Betrieb stammend zu kennzeichnen. Diesem Grundsatz kommt insbesondere dann Bedeutung zu, wenn es um die Frage geht, ob ein Zeichen nur zur Werbung oder (auch) zur Kennzeichnung angebracht wird(68).

5. Markenmässiger Gebrauch

a) Geschützt wird nur die Verwendung der Marke auf der Ware oder der Verpackung(69). Der Gebrauch der Marke in der Werbung im engeren Sinn, also in Anzeigen, Plakaten, Prospekten usw., ist daher nicht geschützt(70). Eine gewisse Ausdehnung des Schutzbereiches ergibt sich immerhin daraus, dass der Begriff der Verpackung vom Bundesgericht relativ weit ausgelegt wird(71).

67 MATTER 58.

68 DAVID N 9 zu Art. 1 MSchG.

69 DAVID N 22 zu Art. 1 MSchG; MATTER 48.

70 MATTER 48: "Die Führung eines Zeichens auf Prospekten, Reklamen usw. ist markenrechtlich nicht von Bedeutung."; ders. 47: "Reklamen sind nicht Waren." Vgl. aber BGE 92 II 262, wo die Verwendung der Marke auf einem Prospekt, der nicht nur Werbeschrift, sondern auch Werbemuster (also ein Warenmuster) war, als markenmässiger Gebrauch gewertet wurde. Vgl. auch hinten 116.

71 Markenmassigen Gebrauch nahm das BGER z.B. in den folgenden Fällen an: Anbringen der Marke auf einer Benzinsäule (58 II 170), Anbringen der Marke auf Biergläsern (58 II 167), Einstecken von Täfelchen, auf denen die Marke steht, in Kase (60 II 255), Anbringen eines Metallschildes mit der Marke am Zugang zu einem Kühlraum (60 II 164). MATTER 50 erwähnt als weiteres Beispiel die Verwendung der Marke auf einem Prospekt, in den die Ware eingewickelt wird. Eine weite Auslegung des Begriffs des markenmassigen Gebrauches halten auch DAVID N 22 zu Art. 1 MSchG und SCHLUEP 133 für angebracht.

b) Geschützt werden nur Marken, die tatsächlich gebraucht werden, d.h. ständig und kontinuierlich für die gleichen Erzeugnisse benützt werden, oder die in absehbarer Zeit in Gebrauch genommen werden(72).

c) Das Zeichen muss zur Unterscheidung auf der Ware oder Verpackung angebracht sein, nicht nur zur Dekoration. Daher stellt insbesondere die Verwendung von Marken, die nur zu Werbezwecken erfolgt (Bsp.: "Coca-Cola"-Schriftzug auf Kleidungsstücken, Taschen, Accessoires), keinen markenmässigen Gebrauch dar(73).

II. Umfang des markenrechtlichen Schutzes

1. Die rechtlich geschützte Funktion der Marke

Das BGer erachtet eine Markenrechtsverletzung nur dann als gegeben, wenn die Möglichkeit einer Täuschung des Publikums über die Herkunft der Erzeugnisse vorliegt(74). Geschützt ist nach geltender Rechtsprechung somit nur die Herkunftsfunktion; ein selbständiges, vom Unternehmen losgelöstes Recht an der Marke anerkennt das BGer nicht.

Daraus kann nicht gefolgert werden, dass das MSchG für den Nachahmungsschutz des Werbemittels "Marke" (aber auch für markenfähige Slogans, Werbefiguren usw.) nicht relevant sei.

72 DAVID N 22 zu Art. 1 MSchG; MARBACH 16; MATTER 48 fordert eine gewisse Kontinuität des Gebrauchs; TROLLER 272 hält ein bloss sporadisches Anbringen, nur um dem Gesetz formell Genüge zu tun, für ungenügend.

73 MARBACH 26; SCHMIDT 398; TROLLER 272. Vgl. Entscheid des BGer vom 27. Sept. 1983, GRUR Int. 1984, 541 ("John Player Special"); BGE 100 Ib 41 ("Muratti"); Entscheid des BGer vom 1. Juni 1979, Mitt. 1979, wo die Verwendung des Zeichens eines Hotels auf Feuerzeugen, Krawatten usw. nicht als markenmässiger Gebrauch angesehen wurde (da diese Zeichen nur Reklamezwecken dienen).

74 BGE 105 II 53, 95 II 193, 86 II 270ff. Der Tatbestand ist schon erfüllt, wenn zwar keine Verwechselbarkeit der Waren, aber die Gefahr einer Herkunftsverwechslung (betriebliche Herkunft der Waren) besteht.

Der Schutz der Werbefunktion oder -wirkung ist aber nur ein indirekter(75) und besteht nur innerhalb der durch das MSchG gesetzten Grenzen, also vor allem nur bei Warengleichartigkeit und bei markenmässigem Gebrauch. In diesen Grenzen erfasst der Schutz aber auch die Werbefunktion, die Werbekraft einer Marke, denn wesensmassig bildet die Marke mit allen ihren tatsächlichen Funktionen eine Einheit, die sich nicht aufspalten lässt(76).

2. Umfang des Schutzes vor Nachahmung

Art. 24 lit. a MSchG gewährt eine Zivil- oder Strafklage gegen denjenigen, der "die Marke eines anderen nachmacht oder so nachahmt, dass das Publikum irregeführt wird"(77). Das BGer lässt die Klage nur dann zu, wenn die Verletzung durch markenmässigen Gebrauch erfolgte, obwohl die erwähnte Bestimmung keine derartige Einschränkung enthält(78). Wer die Marke eines anderen nur in der Werbung nachahmt, kann daher nicht nach MSchG belangt werden. Das BGer vertritt diese Ansicht, weil es von einem einheitlichen Begriff der Marke ausgeht, der in Art. 1 MSchG nur solche Zeichen erfasst, die auf der Ware oder der Verpackung angebracht sind. Verschiedene Autoren vertreten jedoch die Ansicht, dass zwischen dem rechtsbegründenden (Art. 1 MSchG) und dem rechtsverletzenden (Art. 24 lit. a MSchG) Markengebrauch zu unterscheiden sei(79). Mit

75 Ebenso ZIMMERLI 166: "Das geltende MSchG schützt die Kennzeichnungsfunktion und Werbekraft nur im Umfang und als Ausfluss des Schutzes der Herkunftsfunktion."

76 Ebenso MANSER 27; auch das BGer anerkennt natürlich, dass die Marke einen erheblichen wirtschaftlichen Wert haben kann; dies bedeute aber nicht, dass der Berechtigte an der Marke in seinem erworbenen Besitzstand in jeder Hinsicht geschützt werden müsse (BGE 86 II 270ff.).

77 Nachmachen bedeutet sklavisch wiedergeben; eine Nachahmung liegt bei nur ähnlicher Wiedergabe vor, die zu Verwechslungen führen kann.

78 Vgl. die zahlreichen angeführten Entscheide des BGer bei TROLLER, Kollisionen, 180 Anm. 46. Gl. M. wie BGer: MATTER 225.

79 DAVID N 9 zu Art. 24 MSchG; DAVID, Suppl., 77 (N 4ff. zu Art. 24 MSchG); TROLLER, Kollisionen, 182.

einer solchen Gesetzesinterpretation könnten somit auch Markenrechtsverletzungen in der Werbung, auf Geschäftspapieren usw. erfasst werden(80). In einem neuen MSchG soll die Einschränkung auf die Verwendung auf Ware oder Verpackung überhaupt fallengelassen werden(81). Auch die Einführung einer Dienstleistungsmarke würde eine solche Aenderung erfordern, da hier eine andere Definition des markenmässigen Gebrauchs nötig würde(82).

3. Einschränkung auf Warenkategorien

Der Markenschutz versagt dann, wenn eine nachgemachte oder nachgeahmte Marke für gänzlich verschiedene Waren verwendet wird (Art. 6 Abs. 3 MSchG). Es wird diskutiert, für bestimmte Kategorien von Marken diesen Schutzbereich zu erweitern(83).

4. Beginn des Schutzes

Der Schutz einer Marke, welche alle vorgenannten Voraussetzungen erfüllt, beginnt schon mit dem bestimmungsgemässen Gebrauch(84); dem Eintrag in das Register kommt nur deklaratorische Bedeutung zu. Hingegen begründet der Registereintrag die Vermutung, der Ersteingetragene sei auch der wahre Berechtigte (Art. 5 MSchG).

80 In einem Urteil des HG Zürich, Mitt. 1968, 211, wurde diese Ansicht konsequent angewendet. Das BGer blieb bis heute bei seiner Gesetzesauslegung. Ein Interesse, das einer solchen Ausdehnung des Schutzes entgegenstehen würde, ist m.E. nicht ersichtlich. Da die Konsumenten wohl annehmen, dass der Markeninhaber den Gebrauch in der Werbung verbieten könne, besteht auch die Gefahr der Irreführung des Publikums. Auch SCHLUEP 110 erachtet den Schutz der Marke über die Grenzen des markenmässigen Gebrauchs hinaus als sowohl im Interesse des Unternehmers als auch des Konsumenten liegend. VANZETTI 141 hält eine Norm, welche die Verwendung der Marke in der Werbung ausdrücklich gestattet, sogar für überflüssig, da das Markenrecht für den Inhaber ohne diesen Schutz geradezu wertlos wäre.

81 Art. 11 und 12 VE MSchG; näheres bei TROLLER 657.

82 SPOENDLIN, Interessen, 24.

83 Vgl. dazu hinten 45ff.

84 DAVID N 2 zu Art. 4 MSchG; SCHMIDT 396; TROLLER 270f.

S 5. Die geschützten Werbemittel

I. Die eigentlichen Wort- und Bildmarken

Wie festgestellt wurde, sind viele Marken nicht nur Kennzeichnungsmittel, sondern vielfach auch bedeutende Werbemittel. Die Beurteilung ihrer markenrechtlichen Schutzfähigkeit bietet naturgemäss keine weiteren Probleme, da das MSchG ja gerade auf diese Zeichen zugeschnitten ist. Häufig sind Marken eine Kombination von Wort- und Bildelementen⁸⁵. Bei solchen Kombinationen können unter Umständen die kennzeichnungskräftigen Teile den weniger kennzeichnungsfähigen Bestandteilen zum Schutz verhelfen, indem die letzteren am Gesamtschutz teilhaben. Dies ist jedoch nur dann möglich, wenn durch die Kombination der Wort- und Bildteile eine neue, eigenartige Wirkung entsteht. Oft werden auch Wortmarken mit einem charakteristischen Schriftzug kombiniert oder durch eine spezielle Wort- oder Zeichenanordnung dargestellt⁸⁶. Stellt die Wortmarke für sich allein Gemeingut dar, so kann ihr auch der originelle Schriftzug nicht zum Schutz verhelfen, denn zur Schutzunfähigkeit genügt es, wenn ein wesentlicher Teil der Marke Gemeingut darstellt⁸⁷.

Sind die Wortmarke und ihr charakteristischer Schriftzug aber geschützt, so kann schon die Nachahmung des Schriftzuges markenrechtlich verurteilt werden, auch wenn sich die Worte

85 Auch Etiketten können als kombinierte Wort-Bild-Marken angesehen werden. Der Begriff "Etikette" ist, wie MATTER 46 zutreffend erklärt, für die juristische Betrachtung entbehrlich.

86 Bsp.: "Coca-Cola"-Schriftzug; das VW-Emblem; die charakteristische Zeichenanordnung von "seven-up". Die Marke "seven-up" wurde im übrigen schon deshalb geschützt, weil ihr durch die Eigentümlichkeit der Verbindung der beiden an sich gemeinfreien Worte "seven" und "up" eine genügende Kennzeichnungskraft zukomme: vgl. HG Zürich, ZR 71 (1972), 113.

87 BGE 91 I 359f. ("ever-fresh"), 100 Ib 252f. ("Sibel").

an sich genügend unterscheiden würden(88). Umgekehrt bleibt die Nachahmung einer Wortmarke eine Nachahmung, auch wenn sie einen anderen Schriftzug erhält(89).

II. Andere Kennzeichnungs- und Werbemittel

1. Slogans

Slogans oder Werbesprüche gehören zu den wichtigsten und am häufigsten verwendeten Werbemitteln. Sie werden auf praktisch allen Werbeträgern eingesetzt, so in der Plakat-, Anzeigen-, Radio- und TV-Werbung, aber auch auf Verpackungen und in seltenen Fällen sogar auf der Ware selbst(90).

Wie weit Slogans Marken im Sinne des MSchG sein können, muss anhand der vorgängig dargestellten Kriterien geprüft werden; die Tatsache, dass viele Slogans im Markenregister eingetragen sind, sagt noch nichts über ihre Zulässigkeit aus, da die gerichtliche Ueberprüfung vorbehalten bleibt(91).

a) In der Praxis kommen vor allem solche Slogans als Marken in Frage, die kurz und schlagwortartig sind(92) und daher immer wieder zusammen mit der Marke eingesetzt werden können. Dank ihrer Prägnanz besteht bei diesen Sprüchen die Möglichkeit, sie nicht nur in der Werbung im engeren Sinn - wo sie durch das MSchG nicht geschützt sind - zu verwenden, sondern auch auf der Verpackung oder auf der Ware selbst. Beispiele für solche Slogans sind: "Mercedes Benz - Ihr guter Stern auf allen Strassen", "Marlboro - der Geschmack von Freiheit und

88 DAVID N 15 zu Art. 1 MSchG; DAVID, Werberecht, 67; ähnliches gilt, wenn die charakteristische Farbgebung nachgeahmt wird.

89 DAVID N 11 zu Art. 6 MSchG.

90 Zur Bedeutung der Slogans für die Werbung vgl. auch TRAUB 187.

91 ARQUINT 15.

92 Dies entspricht auch der wesensmässigen Eigenschaft eines Slogans. Vgl. Werbung II 1028, wo darauf hingewiesen wird, dass es ausser dem Slogan "Warum denn gleich in die Luft gehen, greife lieber zur HB" keinen erfolgreichen Slogan mit mehr als acht Wörtern gebe. Prägnanz ist also auch ein werbetechnisches Erfolgselement.

Abenteuer", "Swatch - die verrückte Schweizeruhr", "Kodak - wer Ideen hat, hat Zukunft" usw. Solche Slogans sind ein eigentlicher Zusatz zur Marke und werden immer wieder und in jedem erdenklichen Zusammenhang mit der Marke verwendet. Sie werden, wie die Marke selbst, oft über Jahre beibehalten oder nur leicht überarbeitet⁽⁹³⁾ und sind nicht einer so schnellen Ueberalterung unterworfen wie andere Werbesprüche.

Dank den genannten Umständen (universelle Verwendbarkeit und langdauernder Gebrauch) können solche Slogans als Kennzeichnungsmittel angesehen werden, und man kann auch davon ausgehen, dass sie (mindestens sekundär) in Kennzeichnungsabsicht gebraucht werden. Dies ist von ausschlaggebender Bedeutung für die Markenschutzfähigkeit von Slogans und das eigentlich entscheidende Kriterium, da ein Slogan, der nur zur Werbung und nicht zur Unterscheidung der Produkte des Markeninhabers gebraucht wird, nicht schutzfähig ist⁽⁹⁴⁾. Dies lässt sich direkt aus Art. 1 Ziff. 2 MSchG ("...zur Unterscheidung oder zur Feststellung der Herkunft angebracht...") ableiten. Die blossе Tatsache, dass ein Slogan auf der Ware oder der Warenverpackung angebracht ist, genügt daher für die Schutzfähigkeit noch nicht. Wird beispielsweise der Slogan "Mercedes Benz - Ihr guter Stern auf allen Strassen" auf die Heckscheibe eines Wagens der betreffenden Marke geklebt, so dient er hier wohl ausschliesslich der Werbung, und auch die Verbraucher werden dies als Reklameaufschrift und nicht als Kennzeichnung verstehen. Marken sind daher nur die übrigen an der Karosserie angebrachten Worte und Sternemblemе.

93 Bsp.: Der Slogan "Persil - da weiss man, was man hat" wurde nach jahrzehntelangem Gebrauch nur leicht abgeändert in: "Persil - da weiss man, was man mehr hat". (Der gleiche Slogan wurde in der Autobranche verwendet: "Volkswagen - da weiss man, was man hat".) Der berühmte Slogan "Mach mal Pause" ("Coca-Cola") wurde erst nach jahrelangem Gebrauch während der Nachkriegszeit geändert, da er nachher nicht mehr in die Zeit passte (vgl. BONGARD 80ff.).

94 DAVID, Suppl., 34 (N 9 zu Art. 1 MSchG) mit Hinweis auf HG Bern, Mitt. 1970, 230: "Mettez un tigre dans votre moteur"; DAVID N 9 zu Art. 1 MSchG; MARBACH 31. A.A.: ARQUINT 12, der nur auf die objektive Tatsache des Anbringens auf der Ware oder Verpackung abstellt.

Wird der genannte Spruch dagegen regelmässig auf allen Packungen für Ersatzteile der betreffenden Marke verwendet, so kann hier durchaus von Kennzeichnungsabsicht gesprochen werden, und auch der Verkehr wird unter anderem durch diesen Slogan die betreffenden Waren erkennen. Slogans, wie sie hier erwähnt wurden, werden meist auch optisch nahe zusammen mit der Marke auf der Verpackung angebracht und erscheinen von den übrigen werbemässigen Aussagen abgesetzt. Nur bei diesen genannten Slogans kann m.E. ernsthaft eine, vielleicht auch nur sekundäre, Kennzeichnungsabsicht vermutet werden(95).

Alle anderen Slogans, die nur sporadisch für eine einzelne Werbekampagne benützt werden, kommen dagegen für den markenrechtlichen Schutz nicht in Frage, da sie wohl eindeutig nur zur Werbung und nicht auch zur Unterscheidung oder Kennzeichnung auf Waren oder Verpackungen angebracht werden und daher dem Grundgedanken des MSchG nicht entsprechen(96). Allein die Tatsache, dass ein Slogan eine starke Werbewirkung hat, kann dagegen selbstverständlich kein Ausschlussgrund sein, da auch die meisten Marken eine Werbewirkung haben. Es genügt, wenn vernünftigerweise wenigstens sekundär eine Kennzeichnungseignung und -absicht angenommen werden kann.

b) Ein Slogan muss neben der Tatsache, dass er in Kennzeichnungsabsicht verwendet wird, auch objektiv unterscheidungskräftig sein. Diese Unterscheidungskraft kann einem Slogan von Anfang an zukommen, was werbetechnisch sicher von

95 Slogans, welche die Marke direkt integrieren, sind naturgemäss am besten geeignet. Bsp.: "Wer die Wahl hat, hat Dual", "Neckermann macht's möglich", "Man vertraut auf Mannesmann", "Katzen würden Whiskas kaufen". Die Assoziationsfähigkeit des Publikums ist relativ gering, so dass die Verbindung vom Slogan zur Ware ohne integrierte Marke nur selten hergestellt werden kann. Vgl. dazu die Beispiele in Werbung II 1030.

96 SCHLUEP 15 erachtet es auch als massgeblich, ob der Verkehr den Slogan als reinen Werbetext oder aber als Marke ansehe. Die Kennzeichnungsabsicht ist aus den objektiven Umständen abzuleiten. A.A.: ARQUINT 12.

Vorteil ist. Gerade die genannten, notwendigerweise kurzen Slogans, die immer wieder zusammen mit der Marke verwendet werden, sind jedoch selten von Anfang an unterscheidungskräftig, da sie oft beschreibender Art sind(97) oder sprachliches Gemeingut darstellen(98) und daher als Beschaffenheitsangaben oder Sachbezeichnungen anzusehen sind. Sie können aber dann Schutz erlangen, wenn sie Verkehrsgeltung(99) haben, was beim langen und wiederholten Gebrauch dieser Slogans häufig der Fall sein wird. Niemals schutzfähig werden allerdings Formulierungen, die für den Verkehr unentbehrlich sind.

Wann einem Slogan von Anfang an Unterscheidungskraft zuerkannt werden kann, ist schwierig zu entscheiden. ARQUINT fordert dafür "genügende Gestaltungsqualitäten im Sinne einer besonderen Originalität"(100). Diese Originalität soll sich entweder in der Idee oder in der äusseren Form des Slogans zeigen(101). Liegt einem Slogan eine originelle Idee zugrunde, so wird in den meisten Fällen auch eine gewisse Originalität in der äusseren Gestaltung dazukommen, da die Kürze des Slogans für die Umsetzung einer solchen Idee geradezu nach einer auch formal "gelungenen" Ausführung verlangt(102). Ob wirklich ursprüngliche Unterscheidungskraft

97 Bsp.: "Rado - Die kratzfeste Uhr".

98 Bsp.: "Der Spiegel - Das deutsche Nachrichtenmagazin".

99 Zu den Anforderungen an die Verkehrsgeltung vgl. MARBACH 74ff.

100 ARQUINT 26.

101 JENE-BOLLAG 109 legt ARQUINT so aus, dass die Originalität kumulativ, d.h. sowohl in der inneren als auch in der äusseren Form, gegeben sein müsse und kommt deshalb zum Schluss, dass ARQUINT zu strenge Anforderungen an den Sloganschutz stelle. M.E. ist es richtig, bei Slogans höhere Anforderungen zu stellen, da statistisch gesehen die gestalterischen Möglichkeiten zunehmen, die Unterscheidungskraft dagegen abnimmt, wenn ein Text länger wird.

102 Vgl. auch das Kriterium von JENE-BOLLAG 110: "...schützbar ist (der Slogan) nur, wenn er Anspielungen enthält, deren Sinn nur durch gedankliche Arbeit erfasst wird, also nicht unmittelbar ins Auge springt." M.E. wird durch dieses Kriterium die Originalität eines Slogans zu eng gefasst, sie kann sich auch auf andere Art ausdrücken. WOLFF/CRISOLLI 285 sehen es als Ausdruck schöpferischer Geistestätigkeit an, wenn es gelinge, an sich bekannte Wortformen und Gedanken in eine prägnante, einprägsame, schlagwortartig wirkende Form zu bringen.

vorliegt, wird sich jedoch nur immer im Einzelfall abklären lassen, und eine gewisse Willkür der Entscheidungen kann wohl kaum vermieden werden.

Da bei der Beurteilung von Marken vom Gesamteindruck auszugehen ist(103), kann in Ausnahmefällen ein einzelner unterscheidungskräftiger Bestandteil dem ganzen Slogan zum Schutz verhelfen(104). Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn der unterscheidungskräftige Teil zusammen mit den banalen Bestandteilen eine eigenständige Gesamtwirkung ergibt.

c) Folgende weitere Schutzvoraussetzungen sind bei Slogans besonders zu beachten:

aa) Das Erfordernis des geschlossenen Eindrucks verlangt eine gewisse Prägnanz und Kürze des Slogans(105).

bb) Da Slogans oft eine Aussage enthalten, ist besonders darauf zu achten, dass diese Aussage nicht anstößig, unwahr oder täuschend ist, da sonst die Eintragung verweigert wird (Art. 3 Abs. 3 MSchG). Bei reklamehaften Uebertreibungen, wie sie in der Werbung üblich sind, ist jedoch nicht sofort Unwahrheit anzunehmen, da sich der Verbraucher an solche Uebertreibungen gewöhnt hat und sie nicht unbedingt als wahr ansieht(106).

103 Bei Slogans ist der Gesamteindruck besonders bedeutsam: ARQUINT 37f.; MATTER 108.

104 Möglicherweise kann daher die in den Slogans integrierte Marke dem ganzen Spruch zum Schutz verhelfen, es muss jedoch zwischen der Marke und den übrigen Wörtern eine Beziehung (z.B. durch Reim, Anspielungen, Gleichklang, Wortspiele) bestehen. Keineswegs ist dieser Gesamtschutz zwingend; gl. M. JENE-BOLLAG 109; a.A. ARQUINT 29.

105 ARQUINT 22; MARBACH 31; TROLLER 338: "Auch kürzere Sätze können Marken sein".

106 A.A. ARQUINT 18. Ders. 17 weist darauf hin, dass Wappensprüche nicht als Slogans übernommen werden dürfen.

cc) Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr kommt dem Motivschutz eine besondere Bedeutung zu, da sich der Verbraucher nicht immer an den genauen Wortlaut des ganzen Slogans erinnern kann, sondern eher die darin enthaltenen Motive und Themen im Gedächtnis behalten wird. Eine solche Verwechslungsgefahr im Motiv nahm z.B. das Handelsgericht Bern an bezüglich der beiden Slogans "Mettez un tigre dans votre moteur" und "pas de chat dans votre moteur, mais...", mit der Begründung, dass die Katze zu sehr an den Tiger erinnere(107). Hier ist zu beachten, dass es sich beim ersten Slogan um ein starkes Motiv handelt (Tiger im Tank), das einen entsprechend weiten Schutzzumfang hat. Wird auf die Verwechselbarkeit im Motiv abgestützt, so kann grundsätzlich ein Slogan sogar durch eine Bildmarke, die dasselbe Motiv enthält, verletzt werden. Voraussetzung ist jedoch, dass das Motiv sehr stark ist, dass es den Slogan entscheidend prägt und zusätzlich hohe Verkehrsgeltung hat. Wird jedoch die Originalität eines Slogans vor allem durch seine äussere Form (Wortspiel, Reim usw.) geprägt und weniger durch den Inhalt, dann ist eine Verwechselbarkeit mit einem Bildzeichen natürlich nicht möglich(108).

2. Titel

Dem Titel eines Romans, eines Films oder auch einer Zeitschrift kommt unter anderem die Bedeutung zu, die Aufmerksamkeit der potentiellen Leser oder Zuschauer auf das betreffende Werk zu lenken. Titel haben daher neben anderen Funktionen auch eine Werbefunktion, und ihr Schutz als Werbemittel ist daher hier zu untersuchen(109).

107 HG BERN, Mitt. 1970, 228ff. Der Slogan war hier zusätzlich noch mit einer Bildmarke kombiniert.

108 Ebenso: ARQUINT 106f.

109 Auch MAEDER 33 halt den Titelschutz für die Werbung für bedeutsam. Nicht gemeint sind hier Titel von Anzeigen, Plakaten, Headlines usw.; diese sind niemals als Marke geschützt.

Hauptproblem bei der Untersuchung, ob Titel markenrechtlich geschützt werden können, ist die Frage, ob sie eine Herkunftsfunktion haben oder nicht. Die Frage ist zu bejahen bei Titeln, welche periodisch erscheinende Druckerzeugnisse kennzeichnen wie Zeitungs- und Zeitschriftentitel⁽¹¹⁰⁾ sowie bei Büchern, die regelmässig, aber mit wechselndem Inhalt erscheinen⁽¹¹¹⁾, denn bei solchen Erzeugnissen kann der Titel als Herkunftshinweis gelten. Die Frage ist dagegen zu verneinen beim Titel eines Romans oder eines Bühnenstücks, da ein solcher Titel nur gerade das spezielle Werk kennzeichnet und weder primär der Unterscheidung von ähnlichen "Waren" dient, noch auf den Herkunftsort hinweist⁽¹¹²⁾.

Eine ähnliche Unterscheidung muss auch für Filme, die gehandelt werden und daher Waren sind (z.B. Videocassetten, Schmalfilme), gelten: Eine markenmässige Verwendung des Filmtitels wird höchstens bei Filmserien, nicht aber beim Titel eines einzelnen Films gegeben sein⁽¹¹³⁾. Titel von Filmserien können u.U. auf die Sendeanstalt hinweisen.

3. Farben

Viele Unternehmen verwenden zur einheitlichen Kennzeichnung ihrer Produkte, Verpackungen, Vertriebslokale, Geschäftspapiere usw. eine einheitliche Farbe oder Farbkombina-

- 110 Vom BGer wurde die Markenschutzfähigkeit grundsätzlich bejaht in BGE 102 II 125, 87 II 40ff. Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr von Zeitungstiteln ist zu beachten, dass das Publikum gewöhnt ist, genau zu unterscheiden und auf geringe Abweichungen zu achten. Geschützt werden kann auch ein charakteristischer Schriftzug oder ein zum Titel gehörendes Bildzeichen (Bsp.: der charakteristische weisse Stern auf rotem Grund der Zeitschrift "stern").
- 111 Das BGer bejahte die Schutzfähigkeit in BGE 81 II 288 mit der Begründung, dass der Titel auf die Herkunft des Buches verweise und es von den Werken anderer Verleger unterscheide ("Compass"/"Kompass"); ebenso HG St. Gallen, SJZ 69 (1973), 225 ("DUDEN"); gl.M. DAVID, Suppl., 34ff. (N 9 zu Art. 1 MSchG), MATTER 47, TROLLER 257f.; a.A. VON BUEREN N 38 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG.
- 112 TROLLER 258: "(Der Titel) benennt das Geisteswerk und nicht das Verlagsprodukt."
- 113 Solche Titel weisen nur auf das Filmwerk hin: TROLLER 258 Anm. 150.

tion. Die gleichartige Farbgebung führt zu einer optischen Vereinheitlichung des Sortiments, erleichtert das Auffinden der Produkte in Selbstbedienungsläden oder signalisiert schon von weitem ein Geschäftslokal des betreffenden Unternehmens (bekannt sind v.a. die "Hausfarben" der verschiedenen Tankstellenketten). Farben können ausserdem positive, romantische oder andere Stimmungen auslösen und damit den Kaufentscheid beeinflussen(114). Die Frage der Schutzzfähigkeit von Farben drängt sich daher auf. Der Schutz durch das MSchG ist jedoch stark eingeschränkt(115). Folgende Kriterien sind zu beachten:

a) Farben können nur zusammen mit einer graphischen Linienführung Schutz beanspruchen. Der Schutz einer Farbe an sich, ohne jegliche graphische Eingrenzung, scheitert einerseits am Kriterium des geschlossenen Eindrucks(116), andererseits in bestimmten Fällen am Erfordernis der Selbständigkeit gegenüber der Ware. Die charakteristische Farbe einer einheitlich eingebundenen Buchreihe oder die einheitliche Verpackungsfarbe eines Warensortiments kann daher nicht als Marke geschützt werden. Ebensowenig kann die Farbe der Ware selbst Marke sein(117).

114 PFENNINGER 60.

115 Eine Wortmarke, welche die (Werbe-)Farben beschreibt, kann dagegen eingetragen werden, sofern diese Farben nicht auf die Beschaffenheit der Ware hinweisen. Zur Zulässigkeit von Hinweisen oder Anspielungen auf die farbliche Gestaltung vgl. ausführlich BGE 103 Ib 268ff.

116 Gl.M. TROLLER 257.

117 TROLLER 257 erwähnt als Beispiel die Benzinfarbe (die Benzinunternehmen versuchen durch verschiedene Färbung des an sich völlig gleichwertigen Benzins eine Differenzierung zu erreichen). Aus den oben erwähnten Gründen ist es beispielsweise auch nicht möglich, die Einfärbung einer Tanksaule, auch wenn man diese als Verpackung ansehen kann, als Marke zu betrachten. In diesem Punkt ist m.E. der Entscheid des KG Waadt, Mitt. 1968, 62 (Schutz von gelb-roten "Shell"-Tanksäulen) nicht richtig. Die Abbildung dieser eingefärbten Tanksaule kann wohl Marke sein, doch wird diese durch eine gleich eingefärbte Tanksaule nicht verletzt, da letztere eben keine Marke ist.

b) Die spezielle Färbung einer Marke kann geschützt werden, indem die Marke in dieser speziellen Färbung hinterlegt wird(118). Die Farbe geniesst dann zusammen mit der graphischen Ausgestaltung Schutz. Ist dabei die graphische Ausgestaltung schon für sich allein genügend unterscheidungskräftig, so ist die Marke (wie eine schwarzweiss hinterlegte Marke) auch in allen anderen Färbungen geschützt(119).

c) Fraglich ist dagegen, ob ein Zeichen, das wegen mangelnder graphischer Originalität nicht geschützt ist (z.B. Kreis, Quadrat), durch die besondere Farbgebung Schutz erlangen kann. Eine einzelne Grundfarbe, kombiniert mit einer graphischen Figur, die ebenfalls Gemeingut ist (Bsp.: rotes Quadrat), ist zwar niemals von Anfang an unterscheidungskräftig, kann aber m.E. bei sehr hoher Verkehrsgeltung Schutz beanspruchen. Das Freihaltebedürfnis ist hier nicht mehr absolut, da immerhin zwei Komponenten (Farbe und Graphik) kombiniert sind und weder das Quadrat noch die Farbe Rot monopolisiert wird. Der Schutz bewirkt nur, dass ein anderer Hersteller seine gleichartigen Waren nicht auch mit einem roten Quadrat kennzeichnen darf(120). Auch eine einzelne Farbnuance (also keine Grundfarbe) in Verbindung mit einer einfachen graphischen Figur ist wohl niemals von Anfang an unterscheidungskräftig, da das Farberinnerungsvermögen des Menschen nicht bis in diese feinsten Nuancen geht(121). Bei genügend hoher Verkehrsgeltung kann jedoch wiederum eine speziell gefärbte einfache graphische Figur geschützt sein(122).

118 MATTER 114; TROLLER 244.

119 DAVID N 12 zu Art. 1 MSchG, N 8 zu Art. 6 MSchG; MATTER 114; TROLLER 243.

120 Vgl. dazu auch TROLLER 257 Anm. 144 und BGE 103 Ib 270f.

121 Es gibt wohl unendlich viele Farbnuancen, doch würde beispielsweise das berühmte "Ferrari-Rot" aus verschiedenen Rottönen kaum herausgefunden werden. Ähnlich PFENNINGER 62.

122 A.A. JENE-BOLLAG 76 Anm. 156.

Eine Kombination von Grundfarben oder verschiedenen Farbnuancen kann dagegen unter Umständen einer Marke, die mangels graphischer Eigenart nicht geschützt wäre, schon von Anfang an zum Schutz verhelfen(123).

d) Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Aehnlichkeit zwischen zwei Zeichen vorliegt, ist auch zu berücksichtigen, wie die Farben flächenmässig verteilt sind, ob die verschiedenen Farben aneinanderstossen oder ob sie durch Linien getrennt sind usw., denn auch solche Kriterien können den Eindruck, den ein Zeichen hinterlässt, nachhaltig beeinflussen(124).

4. Tonzeichen

Die Einprägsamkeit von kurzen, prägnanten Tonfolgen wird in der Werbung häufig ausgenutzt, um die Aufmerksamkeit für Fernseh- und Radiospots zu erhöhen. Sie werden auch als Erkennungszeichen für Fernseh-, Radio- und Werbeserien verwendet, da sie durch ihre Kürze und Geschlossenheit einen hohen Erinnerungswert haben und sich dadurch sehr schnell zu Kennzeichnungsmitteln für die betreffenden Serien entwickeln können. In neuester Zeit ist es durch die Fortschritte in der Mikroelektronik möglich geworden, Tonsignete auch auf Waren aller Art anzubringen(125). Es stellt sich daher die Frage, ob Tonsignete auch als Marken geschützt werden könnten.

a) Bisher wurden solche Tonsignale nur als besondere Werbeidee, zur Verkaufsförderung eingesetzt. Für den Markenschutz wäre aber die Anbringung zum Zweck der Unterscheidung und als Herkunftshinweis erforderlich. Erst wenn dies der Fall ist, kann man die weiteren Erfordernisse prüfen.

123 Gl.M. DAVID, Suppl., 35 (N 15 zu Art. 1 MSchG); KG Waadt, Mitt. 1968 61f; BGE 58 II 454.

124 Vgl. dazu die Ausführungen des BGH, GRUR 1968, 371ff. ("Maggi"/"Knorr").

125 Z.B. auf Glückwunschkarten, Schokoladepackungen. Diese Möglichkeit wurde schon 1958 bei PACKARD 135 erwähnt.

b) Fraglich ist, ob sich das MSchG nicht ausschliesslich auf visuell wahrnehmbare Kennzeichen beschränkt. Im Vorentwurf wird diese Einschränkung gemacht, im geltenden MSchG lässt sich zumindest aus Art. 1 keine solche Einschränkung ableiten¹²⁶). TROLLER spricht daher von visueller und akustischer Wahrnehmbarkeit. Die Anerkennung von Tonsigneten lehnt TROLLER dann allerdings mit dem Argument ab, dass solche Signete nicht auf der Ware oder der Verpackung angebracht werden könnten¹²⁸). Da dieses technische Problem aber lösbar geworden ist, verliert das Argument an Gewicht.

c) Im weiteren ist fraglich, ob eine Anerkennung aus regis-
terrechtlichen Gründen abzulehnen sei, da sich das Problem des Eintrags solcher Tonsignale stellt. Dieses Problem könnte aber wahrscheinlich befriedigend gelöst werden¹²⁹).

d) Eine abgeschlossene Tonfolge bildet für das Gehör einen geschlossenen Gesamteindruck; der Schutz sollte also auch an diesem Kriterium nicht scheitern. Aus den genannten Gründen wären daher m.E. nach dem geltenden MSchG Tonzeichen schutzfähig¹³⁰).

5. Geruchszeichen

Vereinzelt wird in der Literatur auch die Möglichkeit des Schutzes von Geruchszeichen diskutiert¹³¹). Wohlriechende Düfte können positive Assoziationen auslösen und haben damit

126 Ebenso SCHLUEP 30.

127 TROLLER 256 und 340.

128 Vgl. zu dieser Problematik MARBACH 29 und SCHLUEP 32, der die Registrierung des Notenbildes unter Angabe des Instrumentes vorschlägt.

129 A.A. DAVID N 21 zu Art. 1 MSchG.

130 DAVID N 21 zu Art. 1 MSchG; SCHLUEP 30 befürwortet den Schutz unter der Voraussetzung der Eintragungsmöglichkeit; TROLLER 340 ist dagegen, da solche Zeichen nicht auf der Ware angebracht werden könnten.

einen Werbewert. Rein technisch besteht heute die Möglichkeit, solche Zeichen auf der Ware oder der Verpackung anzubringen, wenn auch noch nicht in einer sehr dauerhaften Verbindung(131). Dagegen dürfte die Eintragung solcher Markierungen erhebliche Schwierigkeiten bereiten; die blosse Definition der chemischen Formel genügt jedenfalls nicht(132). Gegen die Anerkennung von Geruchszeichen als Marken spricht aber vor allem der Umstand, dass sie zur Kennzeichnung nur sehr beschränkt geeignet sind, da die Fähigkeit des Menschen, Gerüche zu unterscheiden, relativ gering ist und die Auswahl entsprechend klein wäre. Keinesfalls schutzfähig ist der Duft eines Parfums, da in diesem Fall der Duft gleichzeitig die Substanz der Ware ausmacht.

6. Geschmacks- und Tastzeichen

Diese Zeichen setzen, im Gegensatz zu den vorher besprochenen Marken, zur Erfassung eine Handlung voraus (Tasten, Schmecken), können also nicht unmittelbar wahrgenommen werden und sind daher weder geeignete Werbemittel noch Marken(133).

7. Plastische Zeichen

Um die Attraktionskraft und den Beachtungsgrad von Zeichen zu erhöhen, werden diese manchmal in dreidimensionaler Ausführung gefertigt. Es handelt sich dabei meistens um Zeichen, die auf der Ware selbst angebracht werden und auch im Ge-

131 So wurde 1985 eine Uhrenkollektion mit Himbeer- und Bananengeruch auf den Markt gebracht ("Swatch"-Uhren).

132 MARBACH 29. Es kommt daher eher Ausstattungsschutz in Frage.

133 Vgl. dazu POINTET, ZSR 82 (1963), 110f.

brauch dauernd auf der Ware bleiben(134). Daneben gibt es auch Marken, die als plastische Anhängsel an der Ware oder der Verpackung angebracht sind.

Da auch solche dreidimensionalen Zeichen auf der Ware angebracht werden können, und auch die Eintragung in das Register in projizierender Darstellung ohne weiteres erfolgen kann, besteht kein Grund, diese Zeichen nicht auch als Marken zu anerkennen(135). Eine Einschränkung auf flächenhafte oder "im wesentlichen zweidimensionale"(136) Zeichen ist m.E. durch das Gesetz nicht bestimmt. Bei plastischen Marken besteht auch kein erhöhtes Freihaltebedürfnis: Anders als bei der Warenform selbst, wo die Formgebung durch technische Zwänge stark eingeschränkt ist, bleibt hier die Auswahl an Formungen genauso gross wie bei den gewöhnlichen Marken. Wird die plastische Marke aber zugleich als funktioneller Teil der Ware verwendet(137), so liegt in dieser Funktion kein markenmässiger Gebrauch.

134 Z.B. "VW"-Emblem, "Mercedes"-Stern, "Rolls-Royce"-Figur, "Etienne Aigner"-Hufeisen. Vgl. auch das folgende Beispiel: Der Kühlergrill moderner Automobile dient heute meist nur noch dazu, optisch das "Markengesicht" zu wahren und eine einheitliche Produktkennzeichnung schon auf Distanz zu ermöglichen ("BMW-Niere", "Mercedes"-Wabenmuster, fünf Diagonalstreifen von "Fiat"). Eine technische Funktion erfüllt ein solcher Kühlergrill nicht mehr, das Auto würde auch nach Wegnahme dieses Teils sämtliche Funktionen genau gleich erfüllen. Der Formenvorrat für solche Zeichen ist daher ähnlich gross wie bei den gewöhnlichen Marken, da die Ausgestaltung nicht an technische Zwänge gebunden ist. Markenschutz ist daher möglich. Vgl. nun auch BGH, GRUR 1985, 383ff. ("BMW-Niere"). Anders liegt der Fall, wo solche Markenzeichen auch noch (und zwar primär) eine Funktion erfüllen (der "Rolls-Royce" Kühlergrill dient beispielsweise wirklich noch zur Kühlung; anderes Bsp.: Die Objektive der japanischen Kameramarke "Nikon" können auf einen Blick an ihrem charakteristischen Silberring identifiziert werden. Der Ring ist ihr eigentliches Kennzeichen; primär hat er jedoch die Funktion, den Objektivwechsel zu erleichtern. Vgl. auch das Bsp. bei MARBACH 30, Anm. 15 sowie 122, Abb. 7.

135 Gl.M. VON BUEREN N 18 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG; TROLLER 255 und 339; a.A. DAVID, Werberecht, 105, allerdings im Hinblick auf die Warenform selbst. Nach MARBACH 34 müsste einer solchen Aenderung der Praxis des BAGE eine Aenderung der BGR-Rechtsprechung vorangehen.

136 MATTER 45.

137 Bsp.: "Etienne Aigner"-Hufeisen als Gürtelschnalle.

8. Form der Ware und der Verpackung

Da die Form einer Ware oder ihrer Verpackung eine wesentliche Werbefunktion erfüllen kann, soll auf die Diskussion um die Einführung einer Formmarke an dieser Stelle kurz eingegangen werden(138).

a) Nach geltendem MSchG kann die Waren- oder Verpackungsform eindeutig nicht als Marke geschützt werden(139), da es ihr an der nötigen Selbständigkeit gegenüber der Ware mangelt. Die Abbildung der Warenform kann aber als Marke eingetragen werden, wobei ein erklärender Zusatz darauf hinweist, dass nicht die Form selbst als Marke geschützt ist(140).

Da gewisse ausländische Gesetze (z.B. Frankreich) die Formmarke zulassen, können u.U. ausländische Markeninhaber gegenüber den schweizerischen einen Vorteil haben, da sie auf Grund von Art. 6 quinquies PVUE ihre Formmarken in der Schweiz eintragen lassen können(141).

Im Vorentwurf zum neuen MSchG ist die Einführung der Formmarke vorgesehen(142). TROLLER befürwortet die Aufnahme einer solchen Bestimmung ins MSchG - unter der Voraussetzung, dass die technisch notwendige und die ausschliesslich ästhetisch bestimmte Form ausgeschlossen würden - mit dem Hinweis darauf, dass damit dem Ausstattungsschutz eine klare Grundlage gegeben würde(143).

138 Zur Werbefunktion von Waren- und Verpackungsgestaltungen vgl. hinten 65 und 128f. Bei der Formmarke geht es nur um den Schutz der reinen Grundform, nicht auch um den Schutz der übrigen (graphischen oder farblichen) Ausgestaltung einer Ware oder Verpackung.

139 DAVID N 21 zu Art. 1 MSchG; MATTER 45; TROLLER 255; BGE 72 I 367. SCHLUEP 29 sieht die Möglichkeit, auch die Warenform als Marke anzuerkennen, schon im geltenden MSchG als gegeben, indem er eine entsprechende Auslegung des Verbs "anbringen" in Art. 1 MSchG vornimmt.

140 BGE 72 I 367; DAVID, Suppl., 35 (N 21 zu Art. 1 MSchG); MARBACH 33; vgl. auch die Hinweise bei TROLLER 255f. Anm. 140.

141 DAVID, Suppl., 35 (N 21 zu Art. 1 MSchG); TROLLER, GRUR Int. 1980, 730, weist aber darauf hin, dass die Eintragung in der Schweiz verweigert werden könnte.

142 Vgl. Art. 1 und Art. 2 lit. d VE MSchG.

143 TROLLER 340.

b) Gegen die Einführung einer Formmarke sprechen m.E. jedoch verschiedene Erwägungen:

aa) Die Eignung der reinen Form (ohne Einbezug der übrigen äusseren Gestaltung) zur Kennzeichnung und Unterscheidung ist naturgemäss nicht besonders gross, da Unterschiede bei Wort- und Bildzeichen weit schneller und besser erfasst werden können als Unterschiede bei Raumformen. Bei den letzteren ist zur Erfassung des Gesamteindrucks ein längeres und intensiveres Betrachten notwendig. Eine eindeutige und zweifelsfreie Unterscheidung und Identifizierung einer Ware nur anhand ihrer Form wird daher nur in sehr seltenen Extremfällen möglich sein⁽¹⁴⁴⁾. Möglich ist es vielleicht, bei einer ganzen Produktelinie auf die Herkunft zu schliessen, bei Einzelstücken dürfte es indessen sehr schwierig sein.

bb) Die Auswahlmöglichkeit bei Raumformen ist zudem schon absolut viel kleiner als bei Wort- und Bildzeichen, da physikalische und meistens auch funktionale Gegebenheiten gewisse Grenzen setzen. Die Auswahlmöglichkeit wird noch einmal drastisch dadurch eingeschränkt, dass die Zahl der verwechselbaren Formen jeweils gross ist, da im MSchG auf das Erinnerungsbild abgestellt wird, die Erinnerungsfähigkeit für Raumformen aber sehr klein ist⁽¹⁴⁵⁾.

cc) Da der Zeichenvorrat bei Raumformen also grundsätzlich schon kleiner ist als bei Wort-/Bildzeichen und zudem durch die schwierigere Erkennbarkeit noch einmal verkleinert wird, ist der Sachverhalt bei Raumformen grundsätzlich anders als bei Wort- und Bildzeichen⁽¹⁴⁶⁾. Eine auch rechtliche Anders-

144 In der Mehrzahl der Fälle wird wohl eine Orientierung anhand der Form der Ware oder der Verpackung stattfinden, die endgültige und eindeutige Identifizierung des Produktes jedoch anhand der eigentlichen Wort-/Bildmarke oder der übrigen Ausstattungsmerkmale erfolgen.

145 Ähnlich JENE-BOLLAG 69, insbes. Anm. 119, worin sie auf den Unterschied zum Modellrecht hinweist, wo auf das Nebeneinanderlegen der Formen abgestellt wird.

146 A.A. BECCHIO 7ff., der sämtlichen Individualzeichen dieselbe Struktur zuspricht.

behandlung ist daher gerechtfertigt. Im Ausstattungsrecht wird die Form nur als ein Teil der gesamten äusseren Aufmachung betrachtet, zu der auch die äussere graphische Gestaltung, die Farben, Marken usw. gehören. Diese Gesamtgestaltung ist zur Kennzeichnung viel eher geeignet, und die Gefahr von Monopolisierungen wird stark vermindert. Durch die Möglichkeit der Monopolisierung von Raumformen durch das MSchG würde dagegen m.E. die Auswahlmöglichkeit zu stark eingeschränkt und dem Freihaltebedürfnis an solchen Formen eindeutig zuwenig Rechnung getragen, auch wenn eine Einschränkung auf die nicht technisch notwendigen und ästhetisch bedingten Formen gemacht würde⁽¹⁴⁷⁾. Es ist auch auffällig, dass die juristische Literatur immer wieder auf dieselben Beispiele von kennzeichnungsfähigen Formen hinweist ("VW Käfer", "Coca-Cola"-Flasche); offenbar handelt es sich also um sehr seltene Fälle, eher Ausnahmen, in denen eine Form für sich allein genügend kennzeichnungskräftig ist. Die Beispiele stammen überdies alle aus einer Zeit, in der die äussere Form der Produkte normalerweise viel länger beibehalten wurde als in der heutigen Zeit und die Erlangung von Verkehrsgeltung daher eher möglich war.

9. Werbefiguren

Seit jeher werden Phantasiefiguren aller Art für die Werbung eingesetzt. Sie haben den Vorteil, eine Personifizierung einer Ware oder eines Unternehmens ("Knorrli", "Michelin"-Männchen) in der Figur zu ermöglichen und damit eine rasche

147 Anders liegt der Fall bei der Formung amorpher Produkte (z.B. Seife, Schokolade, Gebäck) in Form einer schon vorhandenen Marke oder einer anderen typischen Gestaltung. Hier stehen fast keine physikalischen Schranken entgegen, und die Auswahlmöglichkeit ist annähernd gleich gross wie bei Wort- und Bildzeichen. Vgl. dazu BECCHIO 33, der aber keine Unterscheidung zwischen der Form der Ware im allgemeinen und dem hier beschriebenen Sachverhalt trifft.

Kennzeichnung zu gewährleisten. Die ansprechende, sympathische Erscheinung einer Figur kann sich auf die Ware oder das Unternehmen unbewusst übertragen und dadurch eine erhebliche Goodwill-Steigerung bewirken.

Im Zusammenhang mit dieser Arbeit interessieren vor allem solche Figuren, welche speziell für die Werbung entworfen wurden. Daneben werden sehr gerne auch Figuren für die Werbung benützt, die auf andere Art bekannt und für andere Zwecke geschaffen wurden, wie z.B. die Disney-Figuren "Donald Duck" und "Mickey Mouse". Diese Figuren eignen sich nicht als Herkunftshinweis, da sie auf den verschiedensten Produkten zur Werbung eingesetzt werden⁽¹⁴⁸⁾. Werden dagegen eigens für die Werbung kreierte Figuren markenmässig verwendet, d.h. zur Unterscheidung und Kennzeichnung auf einem Produkt oder einer Verpackung angebracht, so können sie ohne weiteres den Markenschutz beanspruchen und als Bildmarken eingetragen werden. Auch die plastische Ausformung dieser Marken, so beispielsweise wenn die Figur als Anhänger an der Ware angebracht wird, ist nach dem oben Gesagten geschützt. Dagegen kann z.B. eine "Knorrli"-Puppe nicht Marke sein, da sie eine selbständige Ware darstellt. Ebenso wenig liegt ein markenmässiger Gebrauch vor, wenn eine Werbefigur nur zur Verschönerung oder Ausschmückung eines Gegenstandes auf einer Ware angebracht ist.

Da Werbefiguren oft gewisse Charaktere verkörpern, kommt bei der Beurteilung von Nachahmungen der Frage des Motivschutzes besondere Bedeutung zu. Neben der graphischen Gestaltung kann auch die Nachahmung von Charakterzügen (die sich in der Figur erkennbar niedergeschlagen haben) zu einer

148 Die rechtlichen Probleme, die sich bei der Verwertung solcher Figuren ergeben, sind für die vorliegende Arbeit nicht von Bedeutung; vgl. dazu PREISS 181ff. und WOLFGANG, W.: Die geschäftliche Verwertung von Werbesymbolen durch Lizenzvergabe, Köln 1979.

allzu grossen Annäherung führen(149). Bei der Neuschöpfung von Werbefiguren, die markenmässig verwendet werden sollen, muss daher auch auf Charakterzüge schon bestehender Figuren Rücksicht genommen werden(150).

Auch die Namen der Figuren können als Wortmarken geschützt werden. Wenn die Figur immer nur zusammen mit dem Namen als eine Wort-/Bildmarke verwendet wird oder Name und Figur miteinander eine Einheit bilden (integriert sind)(151), so sind bei der Beurteilung von Nachahmungen sowohl die Wort- als auch die Bildelemente zu vergleichen.

Das MSchG bietet für Werbefiguren einen unzureichenden Schutz. Gerade reine Phantasiefiguren, die keinen erkennbaren Bezug zu einer bestimmten Ware haben, können, wenn sie eine gewisse Qualität haben, für die verschiedensten Produkte zur Werbung eingesetzt werden. Ihr Werbewert liegt oft gänzlich in der originellen oder ansprechenden Gestaltung der Figur, ist also ein Eigenwert der Marke, der sich nicht aus dem Produkt ableitet. Dadurch sind solche Figuren in grösserem Masse durch Uebernahme seitens branchenfremder Hersteller gefährdet als andere Marken (auch wenn diese sogenannte "berühmt" sind). Auch ist bei Werbefiguren die Gefahr gross, dass sie von anderen Werbetreibenden in deren Werbung (im engeren Sinn) eingesetzt werden. In beiden Fällen kann das MSchG keinen Schutz bieten, und es müssen andere Schutznormen herangezogen werden.

149 Vgl. die Ausführungen des BGer in BGE 57 I 62ff. Mit Motivschutz ist im übrigen nur gemeint, dass die Figur sich beim Betrachter nicht mit allen Strichen und Schattierungen einprägt, sondern dass er die Figur in der Erinnerung auf bestimmte charakteristische Züge reduziert und dann diese Grundzüge evtl. in einer ähnlichen Figur wiedererkennt. Vgl. auch die Ausführungen des OLG Karlsruhe, GRUR 1986, 170ff. ("Playboy"-Häschen)

150 Ebenso ist auf allfällig bestehende andere Rechte (insbesondere Urheberrechte) an Figuren, welche nicht eigens für die Werbung geschaffen wurden, wie z.B. Comics-Figuren, Rücksicht zu nehmen (SCHLUEP 24).

151 Interessante Beispiele für solche Figuren finden sich bei Herman, L.: Die Heraldik der Wirtschaft - Geschichte, Gestaltung und Wirkung moderner Warenzeichen, Düsseldorf/Wien 1971.

S 6. Exkurs: Die sogenannten "berühmten Marken"

I. Problemstellung

Weil das Problem des Schutzes der sogenannten "berühmten Marken" eng mit dem Schutz der Werbekraft einer Marke zusammenhängt, wird diese Problematik hier erörtert. Es kann jedoch nicht Ziel dieser Ausführungen sein, umfassend auf dieses Thema einzugehen, vielmehr soll das Problem speziell unter dem Gesichtspunkt der Werbefunktion der Marke etwas näher betrachtet werden.

Unter dem Begriff "berühmte Marke" werden normalerweise Marken verstanden, die eine überragende Verkehrsgeltung haben, lange im Gebrauch stehen und sich als Qualitätssymbol schlechthin durchgesetzt haben. Auch die Tatsache, dass für eine Marke umfassend geworben wird, wird als Eigenschaft der berühmten Marke angesehen¹⁵²). Für solche Marken wurde die Forderung erhoben, ihnen auch ausserhalb der Warenkategorien, denen sie angehören, Schutz gegenüber sämtlichen gleich oder ähnlich lautenden Marken zu gewähren. In diesem Sinn wurde in Art. 12 Abs. 3 VE MSchG für berühmte Marken ein nicht an ein Warenverzeichnis gebundener Schutz vorgesehen.

Grundsätzlich können zwei unterschiedliche Interessen bestehen, welche zur Forderung nach Erweiterung des markenrechtlichen Schutzbereiches für bestimmte Marken führen:

Auf der einen Seite steht das Interesse des Inhabers einer berühmten Marke, der die Werbekraft, welche in einer berühmten Marke liegt, möglichst umfassend und vor allem nur für sich allein ausnützen möchte. Er möchte auch nicht, dass sein Zeichen durch häufige Mitbenutzung in seiner

152 Vgl. z.B. VON BUEREN N 107 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG; GENRE 80; TROLLER 65f.; ZIMMERLI 9ff.

Exklusivität beeinträchtigt und verwässert wird oder durch Verwendung in einem unerwünschten Zusammenhang ein negatives Image erhält(153). Folgt man dieser Argumentation, so müsste für bestimmte Marken ein eigentlicher Wertschutz, der dem Markenrecht an sich wesensfremd ist(154), eingeführt werden.

Auf der anderen Seite steht ein grundsätzlich ganz anders gelagertes Interesse, nämlich das Interesse des Publikums an möglichst klaren wirtschaftlichen Verhältnissen. Wie schon bei der Untersuchung der verschiedenen Funktionen der Marke festgestellt wurde, ist das Informationsbedürfnis des Publikums über die Herkunft einer Ware nach wie vor erheblich(155). Bei den "berühmten Marken" wird im allgemeinen angenommen, dass die Gefahr von Falschzurechnungen und Herkunftsverwechslungen speziell gross sei und dass daher der Kreis der gleichartigen Waren weiter gezogen werden sollte als bei gewöhnlichen Marken(156).

Dass weder das eine noch das andere Interesse ausschliesslich (oder auch nur überwiegend) bei den berühmten Marken gegeben ist, wird im folgenden aufzuzeigen versucht.

153 Diese Argumentation wird von den meisten Autoren, die sich mit dem Schutz der berühmten Marken befassen, verwendet; vgl. neben anderen: VON BUEREN N 30 zur Generalklausel; KUMMER, Schutzgut, 46f. TROLLER 65f.; ders., GRUR Int. 1980, 731 (TROLLER weist ausdrücklich darauf hin, dass in erster Linie nicht die Bereicherung des Dritten, sondern vielmehr die Schädigung des Inhabers der berühmten Marke als eigentlicher Grund für einen erweiterten Schutz anzusehen ist). Eine andere Ansicht hat GENRE 83ff., der die Schmälerung der Werbekraft nicht für relevant hält, sondern sogar im Gegenteil eine Erhöhung des Wertes durch die Mitbenutzung sieht. Zu den verschiedenen Formen der Gefährdung und Ausnutzung der Werbekraft (durch Schmarotzen, durch Gefährdung des Goodwill und durch Verwässerung) vgl. die gute Übersicht bei SACK 461ff., mit zahlreichen Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung zur berühmten Marke. Vgl. auch DUTOIT, B.: Unlautere Ausnutzung und Beeinträchtigung des guten Rufs bekannter Marken, Namen und Herkunftsangaben, GRUR Int. 1986, 1ff.

154 SPOENDLIN 76ff.; TROLLER 66.

155 Vgl. vorne 15.

156 So z.B. DAVID, Werberecht, 367; TROLLER, GRUR Int. 1980, 731; HG Bern, ZBJV 102 (1966), 231f. ("Nescafé"). (Diese Auffassung ist auch im deutschen Recht anerkannt, vgl. SACK 460 mit Hinweisen). GENRE 83ff. hält dies für das einzig schutzenswerte Interesse und schlägt daher nur eine Erweiterung des Warenabstandes vor. SPOENDLIN 76ff. sieht dieses Problem nicht auf berühmte Marken beschränkt.

I. Unvollständigkeit des Kriteriums der "Berühmtheit"

1. Bezüglich der Gefährdung der Werbekraft

Zwei Beispiele sollen verdeutlichen, dass einerseits die Gefährdung der Werbekraft nicht bei allen berühmten Marken besonders hoch ist und dass es andererseits viele Marken gibt, die nicht oder noch nicht als "berühmt" bezeichnet werden können, bei denen aber die Gefahr der Ausnutzung und Verwässerung der Werbekraft ebenfalls sehr gross ist.

Beispiel 1: Die Kameramarke "Leica" ist eine weltweit bekannte Marke, die eine aussergewöhnlich hohe Qualität verkörpert und wohl als berühmte Marke bezeichnet werden kann. Obwohl aber diese Marke allgemein als Qualitätssymbol gelten kann, heisst dies noch nicht, dass sie ohne weiteres auf völlig anderen Waren erfolgreich zur Werbung eingesetzt werden könnte. Der Begriff "Leica" ist im Gegenteil so eng mit dem Begriff "Kleinbildkamera" verknüpft, dass er auf gänzlich anderen Waren nur schwerlich eine ansprechende Werbewirkung entfalten würde. Wer diese Marke sieht oder hört, wird in den meisten Fällen ausschliesslich an das mit ihr gekennzeichnete Produkt und dessen Eigenschaften denken; darüber hinausgehende, vom Produkt völlig unabhängige Assoziationen werden dagegen kaum ausgelöst. Bei Marken wie dieser hängt die Werbekraft so stark mit der Qualität und den übrigen Eigenschaften der gekennzeichneten Ware zusammen, dass sie sich kaum übertragen lässt. Das Argument, dass auch bei einer solchen Marke die Gefahr der Verwendung für andere Waren und damit die Gefährdung der Werbekraft sehr gross sei, kann daher nicht überzeugen, da das Interesse anderer Mitbewerber, solche Marken für gänzlich andere Produkte zu verwenden, kaum sehr gross sein dürfte. Sollten solche Uebernahmen dennoch erfolgen, so würden sich diese wohl in den meisten Fällen nach kürzerer Zeit als Misserfolg heraus-

stellen und die Werbekraft der Originalmarke kaum wesentlich tangieren(157).

Beispiel 2: Die Getränkemarke "Coca-Cola" ist eine der berühmtesten und bekanntesten Marken des Weltmarktes. Auch bei dieser Marke kann praktisch jedermann sofort die Verbindung von der Marke zur gekennzeichneten Ware ziehen, und auch bei dieser Marke spielt wohl die Vorstellung des Verbrauchers mit, dass die gekennzeichnete Ware überall und immer in gleichbleibender Qualität angeboten werde. Im Gegensatz zum vorher erwähnten Beispiel ist diese Marke aber nicht nur der Name für ein Getränk, sondern ebensosehr auch Ausdruck eines bestimmten Lebensgefühls, Verkörperung bestimmter, positiv empfundener Bedeutungsinhalte, die ihr durch die weltweite und umfassende Werbung zugeordnet wurden(158). Wo immer diese Marke erscheint, löst sie nicht nur die Gedankenverbindung zur Ware, sondern ebensosehr auch viele andere,

157 Ähnliches gilt m.E. beispielsweise auch für die allgemein als "berühmt" anerkannten Marken "Kodak" und "Shell". (Immerhin musste "Kodak" in den USA gegen die Verwendung als Marke für Fahrräder geschützt werden. Der Entscheid, zit. bei SACK 461 Anm. 55, stammt allerdings aus dem Jahre 1898.) Vgl. auch folgendes Beispiel (zit. bei Kraus, Lernpsychologie der Markenwahl, 282): "UHU" ist eine bekannte Leimmarke. Als eine neue Wäschestärke mit dem Namen "Uhuline" auf den Markt gebracht wurde, bemangelten die Verbraucherinnen, man habe das Gefühl, dass die Wäsche beim Bügeln am Eisen klebe. Offenbar hängt die Marke "UHU" in der Verbrauchervorstellung so stark mit dem Begriff "Leim" zusammen, dass sie sich nicht für andere Waren einsetzen lässt. Vgl. auch das bei ZIMMERLI 46 zitierte Beispiel: Ein Cola-Getränk mit dem Namen "Maggi" wurde in der psychologischen Wirkung nach "Maggi"-Würste schmecken. Bei den Beispielen "UHU" und "Maggi" ist die Gedankenverbindung zwischen Marke und Ware deshalb so stark, weil die Produkte und die dazugehörigen Marken sehr bekannt sind, also nur wegen der ausserordentlichen Verkehrsgeltung. Beim Beispiel "Leica" spielt neben der Bekanntheit auch noch die Tatsache mit, dass die Marke eine direkte Anspielung auf die Ware enthält ("Leica" = Leitz Camera). Aus werbepsychologischer Sicht ist es an sich richtig, wenn der Markenname zum Charakter des Produktes passt, denn so kann die Marke schneller zum Kennzeichen des Produktes werden, was bei der Neueinführung einer Marke oder einer Ware wichtig ist (vgl. KRAUS 153f.).

158 BONGARD 97 bezeichnet "Coca-Cola" als eine Weltanschauung. Andere Marken mit einem relativ weiten, für viele Waren einsetzbaren Bedeutungsumfeld sind z.B. "Cartier", "Dunhill", "Tiffany" usw.

vom Produkt unabhängige Assoziationen aus. Ihre Werbekraft liegt daher zu einem grossen Teil gänzlich in der Marke selbst, d.h. in dem in der Marke verkörperten Image, und ist damit weitgehend produkteunabhängig. Ein solches Image kann (innerhalb gewisser Grenzen) auf sehr viele verschiedene Produkte übertragen werden und kann dort eine ansprechende Werbewirkung entfalten(159).

Marken, die eine solche immanente Werbekraft besitzen, sind nun aber keineswegs nur unter den berühmten Marken zu finden. Wie bei der Untersuchung der sogenannten Werbefunktion der Marke dargelegt wurde, hat die Bedeutung der Marken, deren Werbekraft primär in dem durch sie verkörperten Image liegt, gegenüber den Marken, die ihre Wirkung vor allem aus der Qualität des gekennzeichneten Produktes beziehen, ganz allgemein stark zugenommen(160). Alle diese Marken sind, sobald sie einen gewissen Bekanntheitsgrad erlangt haben, ähnlich stark wie die berühmten Marken dadurch gefährdet, dass ihr Image und ihre Werbewirkung ausgenützt werden(161).

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass es sowohl bei den "gewöhnlichen" als auch bei den "berühmten" Marken Zeichen gibt, die so eng mit dem Produkt, das sie kennzeichnen, verbunden sind, dass die Gefahr der Uebernahme für völlig branchenfremde Waren nicht sehr gross ist. Bei diesen Marken ist daher die Bindung an bestimmte Warenkategorien mangels tatsächlicher Gefährdung zumindest unter diesem Gesichtspunkt nicht sonderlich problematisch. Auf der anderen Seite gibt es aber - ebenfalls sowohl bei den "gewöhnlichen" als auch bei den "berühmten" Marken - Signete,

159 A.A. GENRE 84, der überhaupt jede berühmte Marke als besonders waren- und branchenbezogen ansieht, und JATON 44.

160 Vgl. vorne 10ff.

161 Aehnlich SACK 461.

deren Werbekraft gänzlich im Zeichen selbst liegt(162) und daher bei der Uebertragung des Zeichens mitübertragen wird. Solche Zeichen verleiten naturgemäss dazu, auch für andere Waren übernommen zu werden, da sie das gewünschte Image schon in sich tragen und dieses - sofern es auch für andere Waren verwendbar ist(163) - nur noch einer Ware zugeordnet werden muss. Auch bei diesen Marken funktioniert im übrigen die Uebertragbarkeit nur innerhalb eines gewissen Rahmens, der aber nicht unbedingt bei der Warengleichartigkeit gezogen werden kann, sondern eher alle Güter umfasst, für die ein ähnliches Image erwünscht ist oder deren Warencharakter in dem Sinne ähnlich ist, dass sie ähnliche seelische Bedürfnisse befriedigen (z.B. den Wunsch nach Luxus, das Bedürfnis nach Originalität, Individualität) oder dass sie ähnliche Wunschvorstellungen verkörpern(164).

162 Darunter sind sowohl die erwähnten Zeichen zu verstehen, denen durch die Werbung ein spezielles Image zugeordnet wurde, als auch diejenigen, die eine besondere visuelle oder klangliche Attraktivität und damit eine grosse Werbewirkung haben. Vgl. ausführlich vorne 8ff.

163 Selbstverständlich lässt sich nicht jedes Image auf jede Ware übertragen. So lässt sich beispielsweise das Image von harter Männlichkeit sicher sowohl für filterlose Zigaretten als z.B. auch für Schlagbohrmaschinen verwenden, dagegen ebenso sicher nicht für Parfum oder Damenunterwäsche. Das Image von Prestige und Exklusivität oder das Image, von den "in people" gekauft zu werden, ist dagegen für sehr viele Waren begehrenswert. Auch ZIMMERLI 44ff. hält fest, dass nicht jedes Image zu jeder Ware passe; er stellt aber schon grundsätzlich stark in Frage, ob die Werbewirkung einer Marke überhaupt übertragbar sei, da diese stark an das Produkt gebunden sei und nur bei einer gewissen Warennähe erhalten bleibe.

164 Zur Illustration zwei Beispiele: Die Getränkemarkte "Coca-Cola" (als Zeichen, dessen Werbekraft in einem Image von Jugendlichkeit, Frische, Nonchalance usw. liegt) wird wohl als Marke beispielsweise für Werkzeuge kaum geeignet sein, sie liesse sich dagegen sehr gut für Freizeitartikel im weitesten Sinne, also zum Beispiel für so unterschiedliche Waren wie Sportartikel, Kleider, Musikgeräte usw., einsetzen, da solche Waren vom Image her, das sie benötigen, gleichartig sind. Für die Marke "Coca-Cola" wurden denn auch Lizenzen vergeben zur Verwendung der Marke auf Freizeitbekleidung, Schmuckwaren, Feuerzeugen, Radios usw. (Nachweis bei SACK 460). Die Parfummärke "l'air du temps" (als Zeichen, dessen Werbekraft im Wohlklang des Zeichens selbst liegt) liesse sich sicher nicht nur für Kosmetika, sondern auch für sehr viele andere Luxus- und Geschenkartikel wie exklusive Kleider, Schmuck, Uhren, Accessoires und teure Zigaretten erfolgreich einsetzen, aber kaum für Maschinen oder Werkzeug.

Wieweit der Schutz eines solchen im Zeichen selbst liegenden Werbewertes überhaupt sinnvoll und gerechtfertigt ist, lässt sich nur im Rahmen einer Gesamtbetrachtung des Immaterialgüter- und auch des Eigentumsrechts beantworten und bedarf einer umfassenden Abwägung aller im Spiel stehenden Interessen. Hinzuweisen ist insbesondere auf die Gefahr, dass ein solcher Wertschutz zu einer übermässigen Honorierung des Werbeaufwandes führen könnte(165).

2. Gefahr von Herkunftsverwechslungen

Auch das Argument, dass nur bei den berühmten Marken die Gefahr von Herkunftsverwechslungen besonders gross sei und dass daher der Schutz solcher Marken auf alle Warenbereiche auszudehnen sei, lässt sich in dieser absoluten Form nicht nachweisen. Die Gefahr von Herkunftsverwechslungen wird nicht nur durch die Berühmtheit einer Marke, sondern mindestens ebenso sehr durch andere Phänomene beeinflusst, die in neuerer Zeit stark an Bedeutung gewonnen haben.

Das Markenschutzgesetz stammt aus einer Zeit, in der die Marktverhältnisse bedeutend überschaubarer waren, als dies heute der Fall ist. Die Geschäftstätigkeit der meisten (oder wenigstens vieler) Hersteller war einigermassen bekannt, so dass das Publikum ungefähr wusste, welche Warenkategorien von einem bestimmten Hersteller produziert wurden und welche von einem anderen. In der heutigen Zeit sind dagegen viele Markeninhaber anonyme Grosskonzerne mit einer sehr breiten Diversifikation, denen nur noch Insider eine genauere Geschäftstätigkeit zuordnen können(166). Das Publikum kann in dieser Situation kaum noch entscheiden, ob zwei völlig ver-

165 Ebenso SPOENDLIN, Interessen, 76ff., VANZETTI 138f., ZIMMERLI 163.

166 Auf diese Problematik weisen auch SPOENDLIN, Interessen, 77 und ZIMMERLI 57 hin. Vgl. auch SACK 460.

schiedene Waren vom selben oder ob sie von verschiedenen Unternehmen produziert werden. Durch diese Tatsache wurde auch das Markenverständnis der Verbraucher wesentlich verändert, da das Publikum heute viel eher geneigt ist, jegliche mit derselben Marke gekennzeichneten Produkte - auch wenn sie aus einer völlig anderen Branche stammen - dem selben Markeninhaber zuzuschreiben(167).

Eine weitere Ursache der abnehmenden Markttransparenz und der damit zusammenhängenden Gefahr von Herkunftsverwechslungen und Falschzurechnungen bildet das starke Aufkommen der Werbung mit Dritterzeugnissen. Immer mehr Markeninhaber lassen ihre Marken auf Erzeugnissen anbringen, die eigentlich nicht in ihren Geschäftsbereich fallen, um auf diese Weise Werbung für ihre Marke zu machen(168). Bei diesen Erzeugnissen handelt es sich keineswegs immer nur um beinahe wertlose Waren wie Aschenbecher, Zündhölzer usw., sondern vielfach auch um Waren mit selbständigem Wert (Kleider, Schirme, Billiguhren usw.), die zum Teil sogar entgeltlich angeboten werden(169). Je mehr ein Markeninhaber solche branchenfremden Produkte zur Werbung für seine eigenen Marken einsetzt, desto weniger werden die Marktverhältnisse für das Publikum überschaubar, desto weniger kann es zum Beispiel noch unterscheiden, ob es sich um eine Werbeaktion des Markeninhabers oder aber um eine echte Markenverwendung durch einen anderen, branchenfremden Hersteller handelt. Auch andere moderne Werbemethoden haben einen nachhaltigen Einfluss auf die Uberschaubarkeit der Marktsituation. So trägt z.B. das Sponsoring

167 So erscheint es z.B. nicht als völlig abwegig, dass ein Motorradhersteller auch Musikinstrumente herstellt (vgl. die Marke "Yamaha").

168 Vgl. die Tatbestände in GRUR Int. 1984, 541ff. (Entscheid des BGer in Sachen "John Player Special"); GRUR Int. 1985, 550 ("John Player" Oesterreich); BGE 100 Ib 44 ("Muratti").

169 In diesem Fall kann sich die Werbung für die Marke doppelt bezahlt machen, indem durch die Verbreitung solcher Artikel die Bekanntheit und das Image der Marke gefordert werden und umgekehrt diese Dritt-erzeugnisse dank dem guten Ruf der Marke grossen Absatz finden. Geschwächt wird dagegen die Markttransparenz.

von Sport- oder Freizeitveranstaltungen aller Art (insbesondere wenn damit der Verkauf der entsprechenden Accessoires wie z.B. Sportbekleidung, Abenteuer-ausrüstungen usw. verbunden wird) oder die Methode, dass sich verschiedene Markeninhaber mit ähnlichem Zielpublikum zusammenschließen, um mit gemeinsam produzierten Waren gegenseitig ihr Image zu fördern(170), wesentlich zur Verringerung der Markttransparenz in in manchen Wirtschaftszweigen bei. Verstärkt wird dieser Mangel an Ueberschaubarkeit auch dadurch, dass viele Marken, die einen hohen Prestigewert ("snob-appeal") verkörpern (z.B. "Cartier", "Dunhill", "Porsche" usw.), von ihren Inhabern in Lizenz vergeben werden oder aber vom Inhaber selbst für verschiedene Waren verwendet werden, so dass diese Marken schliesslich auf ganz unterschiedlichen Waren erscheinen(171). Auch eine Werbung, die darauf abzielt, beim Publikum eine Produktmarke als Firmabezeichnung darzustellen, kann die Gefahr von Falschzurechnungen stark erhöhen, denn wenn durch die Werbung der Eindruck entsteht, bei einer Produktmarke handle es sich um den Namen des Unternehmens, dann wird das Publikum jedes Produkt, das mit der Marke gekennzeichnet ist, auch dem selben Unternehmen zuordnen.

170 So entstand z.B. aus der Zusammenarbeit des Autoherstellers "Peugeot" mit dem Kleider- und Sportartikelproduzenten "Lacoste" ein "Peugeot 205 GTI" mit "Lacoste"-Design, in ähnlicher Weise eine Spezialserie des "VW Golf GTI" mit Schriftzug und Ausstattungsmerkmalen des Kleiderherstellers "BOSS". Mit den genannten Produkten wird ein ähnliches Zielpublikum angesprochen, das sich sehr stark mit den entsprechenden Marken identifiziert.

171 Beispiele: Unter der Marke "Dunhill" (Tabakwaren, Raucherartikel) werden seit einiger Zeit auch Krawatten und Schals angeboten. Unter der renommierten japanischen Kameramarke "Nikon" werden nicht nur Kameras und optische Geräte, sondern z.B. auch vergoldete Feuerzeuge von erheblichem Wert vertrieben. Wer ein solches Feuerzeug kauft, kann dafür verschiedenste Motive haben: Er kann ein Liebhaber der betreffenden Kameras sein, er möchte das Prestige der betreffenden Marke erwerben, oder er nimmt an, dass diese Feuerzeuge, ebenso wie die Kameras, von besonderer Qualität sind. Kaum ein Käufer wird jedoch mit Sicherheit wissen, ob das Feuerzeug, das er kauft, vom Kamerahersteller produziert wird, ob es sich um eine Markenverwertung durch Lizenzvergabe an einen Dritten handelt oder ob unter Umständen sogar überhaupt keine Beziehungen zwischen dem Hersteller der Kameras und dem der Feuerzeuge besteht.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die genannten modernen Methoden der Markenwerbung einerseits und der Ausnutzung der Werbekraft der Marken durch ihre Inhaber oder durch Lizenzvergabe andererseits die Markttransparenz in vielen Marktbereichen nachhaltig geandert und die Unterscheidbarkeit der Tätigkeit der verschiedenen Unternehmen stark vermindert haben. Die Werbefunktion hat damit einen direkten und nachhaltigen Einfluss auf die Herkunftsfunktion: Je mehr für eine Marke auf Dritterzeugnissen geworben wird und je mehr Zweitnutzungen einer Marke erfolgen, desto eher wird das Publikum tendenziell zur Annahme verleitet, dass jede Ware, die mit derselben Marke versehen ist, auch vom selben Unternehmen herkomme. Es wird annehmen, dass es sich entweder um Werbe- oder Zugabeartikel handelt⁽¹⁷²⁾ oder aber um eine Ausweitung der Geschäftstätigkeit des betreffenden Markeninhabers. Zumindest wird es aber wirtschaftliche Zusammenhänge vermuten. Die rechtliche Tatsache, dass Marken normalerweise nur für bestimmte Warenbereiche monopolisiert werden können, wird dadurch im Bewusstsein der Verbraucher immer mehr verblasen. In einer solchen Situation können Irreführungen der Verbraucher und Herkunftsverwechslungen sehr schnell entstehen.

Dass sich von diesem Gesichtspunkt her eine Gesetzesänderung oder zumindest eine Aenderung der rechtlichen Beurteilung aufdrängt, ist m.E. eindeutig, denn das Markenrecht und überhaupt das gesamte Zeichenrecht bauen ganz wesentlich auf dem Gedanken auf, dass solche Herkunftsverwechslungen, Falschzurechnungen und Irreführungen vermieden werden sollten.

172 MARBACH (Anmerkung zum "John Player Special"-Urteil des BGer vom 27. Sept. 1983, GRUR Int. 1984, 541) nimmt sogar an, dass es dem Wesen berühmter Marken entspreche, dass andere damit gekennzeichneten Waren lediglich als Werbeträger empfunden würden.

3. Zusammenfassung

Es konnte festgestellt werden, dass sich weder die Gefahr von Herkunftsverwechslungen noch die Gefahr der Ausnutzung und Verwässerung der Werbekraft nur bei den berühmten Marken in besonderem Masse stellt, dass vielmehr die Ursachen dafür mindestens ebensosehr bei anderen wirtschaftlichen Tatsachen zu suchen sind. Insbesondere erscheinen die genannten Gefahren bei folgenden Marken besonders gross:

- Marken, die ein selbständiges, vom Produkt unabhängiges Image verkörpern, welches für verschiedenste Waren verwendet werden kann.
- Marken mit einem besonderen Wohlklang oder einer speziellen optischen Attraktivität, die unabhängig von einer bestimmten Warenkategorie als positiv empfunden werden.
- Marken von anonymen Grosskonzernen mit weitverzweigter, nicht überschaubarer Geschäftstätigkeit (hier besteht insbesondere die Gefahr von Falschzurechnungen).
- Marken, die häufig und intensiv genutzt werden, insbesondere durch Werbung auf Dritterzeugnissen, durch Sponsoring usw., und die dadurch in Zusammenhänge gestellt werden, die nicht mehr branchenspezifisch sind.
- Marken, die häufig in Lizenz vergeben werden oder von ihrem Inhaber selbst für bisher betriebsfremde Waren verwendet werden (Zweit- oder Mehrfachnutzungen).

Eine gewisse Bekanntheit im Publikum ist selbstverständlich auch bei diesen Marken vorausgesetzt, doch ist eine überragende Bekanntheit und Verkehrsgeltung nicht unbedingt erforderlich.

Aus diesen Erkenntnissen ergeben sich m.E. folgende Konsequenzen: Wenn schon eine neue Kategorie von Marken, welche nicht an Warenkategorien gebunden sind, eingeführt werden soll, dann sollte auf jeden Fall sowohl bei der Wahl der privilegierten Marken als auch beim Mass der Privilegierung eine wesentlich flexiblere Lösung gewählt werden, als dies im Vorentwurf vorgesehen ist:

- Bei der Auswahl der privilegierten Marken dürfte nicht einseitig und schematisch auf das Kriterium der "Berühmtheit" abgestellt werden, sondern es müssten insbesondere auch die vorgängig genannten Kriterien herangezogen werden, um zu prüfen, ob ein erhöhtes Schutzinteresse (entweder des Publikums oder aber des Markeninhabers) überhaupt gegeben ist und ob ein solches Interesse schützenswert ist. Eine Ausweitung des Schutzbereiches wegen erhöhter Verwechslungsgefahr ist m.E. eindeutig zu befürworten, da es dabei primär um Publikumsinteressen geht, die im Zeichenrecht allgemein als schutzwürdig anerkannt sind. Eine solche Ausweitung des Schutzbereiches könnte aber auch ohne weiteres durch das UWG erfolgen, indem die Auslegung des Begriffs des Wettbewerbsverhältnisses den veränderten wirtschaftlichen Gegebenheiten angepasst würde⁽¹⁷³⁾. Ob eine Ausweitung des Schutzbereiches auch unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Werbekraft angebracht wäre, ist dagegen eine grundsätzliche rechtspolitische Entscheidung und würde die Einführung einer besonderen Kategorie von Marken erfordern⁽¹⁷⁴⁾.

- Auch beim Mass der Privilegierung wäre m.E. eine weniger schematische Handhabung angebracht, denn eine Ausdehnung des Schutzbereiches auf sämtliche Waren wäre kaum bei allen

173 Vgl. dazu die deutsche Rechtsprechung: BGH, GRUR 1983, 247ff. ("Rolls-Royce"); BGH, GRUR 1985, 550ff. ("Dimple") sowie SACK 460f. mit Hinweisen.

174 Befürwortend z.B. TROLLER 66; kritisch SPOENDLIN, Interessen, 76ff.; ablehnend VANZETTI 138f. und ZIMMERLI 163.

Marken, die privilegiert würden, erforderlich. Bei gewissen Marken würde beispielsweise eine Privilegierung in dem Sinne vollauf genügen, dass der Bereich der Warengleichartigkeit auf Güter ausgedehnt würde, die ähnliche Bedürfnissektoren befriedigen, oder auf Waren, die sich in ihrem Image nahe- stehen. Gerade in den Bereichen der Luxus-, Accessoire-, Geschenk- und Freizeitindustrie kann das Phänomen beobachtet werden, dass branchenmässig höchst unterschiedliche Waren ohne weiteres die genau gleichen Bedürfnisse und Wünsche zu befriedigen vermögen, da in diesem Bereich nicht mehr echte Grundbedürfnisse, sondern vielmehr unbewusste (oft auch durch die Werbung geweckte), allgemeine menschliche Sehnsüchte befriedigt werden, deren Erfüllung nicht notwendigerweise durch ein bestimmtes Produkt erfolgen muss. Innerhalb eines so verstandenen Kreises der Warengleichartigkeit lassen sich viele Marken für sehr verschiedene (nach dem traditionellen Warenklassensystem sogar völlig verschiedenartige) Waren mit Erfolg verwenden; solche Mehrfachnutzungen werden denn auch wie erwähnt immer häufiger. Ein noch weiter ausgedehnter Schutzkreis, der letztlich alle Warenkategorien erfassen würde, wäre dagegen nur in sehr seltenen Fällen nötig.

Wenn ein erweiterter Schutz für bestimmte Marken durch eine Aenderung des MSchG erfolgen sollte, so dürfte dies m.E. aus den genannten Gründen nur mittels einer sehr weit gefassten Norm geschehen, die eine stark am Einzelfall orientierte Beurteilung erlauben würde¹⁷⁵. Der dabei entstehende Mangel an Rechtssicherheit würde m.E. durch die Möglichkeit der Anpassung an die sich immer wieder ändernden Marktgewohnheiten und den dadurch erzielten Gewinn an Gerechtigkeit mehr als ausgeglichen.

175 Eine exakte Definition des Begriffs der "berühmten Marke" wäre ohnehin kaum möglich.

III. Schutzmöglichkeiten der berühmten Marken ausserhalb des Markenrechts

1. Urheberrechtlicher Schutz

Geniesst eine Marke wegen ihrer originellen, eigenständigen Gestaltung urheberrechtlichen Schutz (was bei Wortmarken kaum einmal der Fall sein wird, bei Bildmarken aber möglich ist), so kann sich der Inhaber der Urheberrechte gegen jegliche unerlaubte Verwendung, also insbesondere auch gegen die Verwendung der Marke auf völlig anderen Waren, zur Wehr setzen. Der Schutz ist allerdings zeitlich beschränkt(176).

2. Persönlichkeits- und Namensrecht

Ist eine Marke zugleich "schlagwortartige Bezeichnung" für ein bestimmtes Unternehmen, so kann eine nicht erlaubte Verwendung dieser Marke als Verletzung des Persönlichkeits- oder Namensrechtes des Inhaberunternehmens untersagt werden(177).

3. Wettbewerbsrechtlicher Schutz

Nach der geltenden Auslegung des UWG kann das Wettbewerbsrecht für die berühmte Marke keinen erweiterten Schutz bieten, da es grundsätzlich nur zwischen Konkurrenten zur Anwendung kommt. Verschiedentlich wurde schon vorgeschlagen, den Begriff des Wettbewerbsverhältnisses im UWG anders

176 Zum Schutz von Marken durch das URG vgl. hinten 90f.

177 BGE 92 II 310, 87 II 47; vgl. hinten 183ff. Die Anwendung dieser Normen auf den Schutz der berühmten Marken wird z.T. abgelehnt, weil dadurch das Persönlichkeitsrecht übermassig in das Vermögensrecht ausgedehnt werde: vgl. z.B. KUMMER, Schutzgut, 47; GENRE 85; JATON 91f.; ähnlich DAVID N 14 zur Einleitung. In der früheren Diskussion wurde der Schutz der berühmten Marke teilweise zu stark nur unter diesem individualrechtlichen Aspekt betrachtet: vgl. z.B. MARTIN-ACHARD: La protection des marques notoirement connues, SJZ 46 (1950), 117ff.

auszulegen(178), weiter zu fassen(179) oder sogar ganz darauf zu verzichten(180). So könnte auch bei einem grösseren Branchenabstand, als er im Markenrecht vorgesehen ist, gegen unerwünschten Mitgebrauch einer Marke eingeschritten werden. Eine ähnliche Erweiterung des Schutzes könnte natürlich auch durch eine variable Erweiterung des Branchenabstandes im MSchG selber erreicht werden(181).

4. Unerlaubte Handlung/Ungerechtfertigte Bereicherung

Die allgemeinen Bestimmungen von Art. 39ff. und 41ff. OR sind zwar grundsätzlich anwendbar(182), doch können damit höchstens finanzielle Ansprüche bei schon erfolgter Schädigung geltend gemacht werden, welche überdies schwierig zu beziffern sind. Benutzungsverbote, welche viel wichtiger wären, können dagegen nicht erwirkt werden.

5. Eigentumsgarantie

Es wurde untersucht, ob sich ein Schutz sämtlicher Kategorien von Immaterialgütern (also auch der berühmten Marken), von der verfassungsmässig garantierten Eigentumsgarantie her aufdränge; die Frage wurde jedoch verneint(183).

6. Rechtsmissbrauch

Der Gebrauch einer berühmten Marke ausserhalb des Bereiches der in Art. 6 Abs. 3 MSchG festgelegten Grenzen wurde in der Literatur auch schon als Rechtsmissbrauch gewertet(184).

178 Vgl. den Vorschlag von KUMMER, Schutzgut, 49. Vgl. auch hinten 119f.

179 KUMMER, Schutzgut, 46ff.; SPOENDLIN, Interessen, 79.

180 STEYERT 144f.

181 Vgl. die Vorschläge von GENRE 85 und ZIMMERLI 148ff. und 165ff. Vgl. zum Ganzen auch vorne 56f. und hinten 114f.

182 DAVID, Suppl., 144 (N 39 zu Art. 6 MSchG); ZIMMERLI 7.

183 HUNZIKER 38ff.

184 JATON 112ff.

§ 7. Schutzvoraussetzungen und Schutzzumfang

Da das Muster- und Modellgesetz nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor allem Formen und Gestaltungen schützt, die geeignet sind, "den Geschmack, den Sinn für das Schöne, anzusprechen"(1), hat das MMG eine direkte Bedeutung für den Schutz der Werbung im weiteren Sinn, also vor allem für den Schutz von ästhetischen und damit werbewirksamen Gestaltungen.

Daneben kommt der Muster- und Modellschutz auch für die Werbung im engeren Sinn in Frage. So können beispielsweise Modelle für Werbegeschenke, Werbefiguren, Display-Artikel usw. vor Nachahmung geschützt werden.

I. Schutzvoraussetzungen

1. Als Muster (zweidimensional) und als Modell (dreidimensional) gelten im MMG Form- oder Flächenanordnungen, die bei der gewerblichen Herstellung eines Gegenstandes als Vorbild dienen sollen(2).

2. Ein Muster oder Modell, das hinterlegt werden soll, muss neu sein, das heisst, es darf weder im Publikum noch in den beteiligten Verkehrskreisen bekannt sein(3).

1 BGE 95 II 472, 92 II 204.

2 Vgl. Art. 2 MMG; die Unterscheidung in Muster und Modelle spielt an sich keine Rolle, auch das BGer spricht bei plastischen Gegenständen von Geschmacks- oder Gebrauchsmustern, nicht von Modellen. Ebenso: GUYER N 2 zu Art. 2 MMG; vgl. auch KUMMER, ZBJV 116 (1980), 53, mit Hinweis auf das BGer: "Flächiges und Plastisches verbindet sich oft eng miteinander und ist rechtlich als Einheit hinzunehmen."

3 Art. 12 Ziff. 1 MMG; vgl. dazu ausführlich TROLLER 409ff.

3. Zusätzlich zu dieser formellen Neuheit verlangt das

BGer, dass in der Form ein Mindestmass an geistigem Aufwand, eine gewisse Originalität erkennbar sei(4). Damit scheiden unter anderem Formen und Figuren aus, die Gemeingut sind (z.B. Kreis, glatte Fläche usw.), sofern nicht ihre Anordnung oder Ausschmückung originell ist(5). Verlangt wird eine niedrigere Gestaltungshöhe als im Urheberrecht(6).

4. Mit der Originalität im Sinne des BGer nicht zu verwechseln ist die Originalität in dem Sinne, dass die Form eine Schöpfung des Urhebers ist, dass sie aus seinem Geiste stammt(7).

5. Beide Voraussetzungen - Originalität im Sinne von geistigem Aufwand und Originalität im Sinne von: aus dem Geiste des Schöpfers stammend - können auch dann erfüllt sein, wenn jemand eine schon bekannte Form umgestaltet oder aus bisher bekannten Elementen eine neuartige Kombination geschaffen hat(8).

6. Herstellungsweise, Nützlichkeitszwecke und technische Wirkungen werden in den Schutz nicht miteinbezogen und sind bei der Beurteilung der Schützbarkeit eines Musters oder Modells nicht relevant(9). Geschützt sind daher nur die Geschmacks-, nicht aber auch die Gebrauchsmuster(10).

4 BGE 106 II 73, 105 II 299, 104 II 329, 95 II 472.

5 BGE 77 II 373; BGer, Mitt. 1976, 43.

6 Vgl. zur (umstrittenen) Abgrenzung von MMG und URG im allgemeinen: TROLLER, Beziehungen, 7ff. und KUMMER 212ff.

7 Art. 12 Ziff. 2 MMG; TROLLER 405; TROLLER, Beziehungen, 15.

8 MUELLER, 44.

9 Art. 3 MMG.

10 Diese Terminologie wurde aus der deutschen Rechtsprache übernommen und führte zum Teil zu einer verwirrenden Interpretation des Gesetzes, da verschiedene rechtliche Grundlagen vorliegen. Vgl. dazu und zur daraus folgenden Praxis: TROLLER 402f.

7. Da es also bei der Beurteilung der Schützbarkeit von Modellen nur um die Form und nicht auch um die Konstruktion geht, ist zu prüfen, ob bei der Gestaltung dieser äusseren Form nicht nur auf die Erfüllung der technisch-funktionalen Anforderungen geachtet wurde, sondern ob zusätzlich eine ästhetisch ansprechende Gestaltung angestrebt wurde. Das BGer verlangt, dass die Form dem Gegenstand gegeben wurde, um den Geschmack, den Sinn für das Schöne, zu befriedigen(11).

II. Schutzzumfang

Ein hinterlegtes Muster oder Modell ist für maximal 15 Jahre (Art. 8 MMG) gegen widerrechtliches Nachmachen und Nachahmen geschützt (Art. 24 Ziff. 1 MMG).

Gegen eine Nachahmung kann dann eingeschritten werden, wenn die Nachahmung so deutlich ist, dass eine Verschiedenheit zum Original nur bei sorgfältiger Vergleichung wahrgenommen werden kann. Um dies zu beurteilen, sind die betreffenden Muster oder Modelle nebeneinander zu halten. Anders als im Kennzeichenrecht wird also ein direkter Vergleich gemacht und nicht auf das Erinnerungsbild abgestellt(12). Da aber auch im MMG vom Gesamteindruck auszugehen ist, genügt es nicht, wenn der Nachahmer nur geringfügige Einzelheiten hinzufügt oder weglässt, aber im wesentlichen ein gleiches Modell schafft; eine solche Nachahmung bleibt widerrechtlich(13).

11 BGE 104 II 329, 92 II 204. Grundsätzlich ist jede Form geeignet, das ästhetische Empfinden anzusprechen, und der Richter hat nicht zu beurteilen, ob ein Gegenstand "schon" sei oder nicht. Ebenso TROLLER 402, der darauf hinweist, dass es keine ästhetisch neutralen Formen gibt.

12 BGE 83 II 480ff. In diesem Entscheid wird zudem festgehalten, dass auch bei Verneinung einer Verwechslungsgefahr zwischen zwei Modellen dennoch eine widerrechtliche Nachahmung vorliegen könne. Vgl. auch BGE 104 II 330.

13 BGE 83 II 483; zur Abgrenzung zwischen erlaubter und unerlaubter Nachahmung vgl. ausführlich TROLLER 673ff., insbes. Anm. 246.

S 8. Schützbares Werbemittel

I. Werbemittel im engeren Sinn

Figürliche Werbemittel wie Werbegeschenke aller Art(14), Werbefiguren, plastische Display- und Verkaufsförderungsartikel können als Modelle eingetragen werden. Möglich ist auch der Schutz von Schaufensterpuppen (die als Werbemittel i.e.S. angesehen werden können), sofern diese entweder originelle, neuartige Gesichtszüge aufweisen(15) oder in ihrer sonstigen Gestaltung über eine blosser Nachbildung der menschlichen Körperformen hinausgehen.

Grundsätzlich können auch dreidimensionale Marken hinterlegt werden(16), doch wird (wie auch bei den Werbefiguren) die relativ kurze Schutzdauer in den meisten Fällen ein Nachteil sein. Immerhin kann nach Ablauf der Schutzdauer der Ausstattungschutz eingreifen, sofern eine Marke oder Werbefigur unter dem MMG-Schutz Verkehrsgeltung erlangt hat(17).

Bei Figuren, die für die Werbung eingesetzt werden sollen, ist darauf zu achten, dass sie sofort nach der Kreierung hinterlegt werden, da sonst das Erfordernis der formellen Neuheit unter Umständen nicht mehr erfüllt ist. Schon bekannte Figuren, welche sich nachträglich als werbewirksam erweisen, können daher nicht mehr als Muster oder Modell hinterlegt werden(18).

Der Vorteil des Modellschutzes für plastische Marken oder Werbefiguren besteht darin, dass der Schutz auch ausserhalb derselben Branche gewährt wird, was durch den Markenschutz nicht erreicht werden kann.

14 GUYER N 5 zu Art. 2 MMG. KIRCHGRABER 26 erwähnt Reklamegebrauchs- und Geschenkartikel, Reklamekarten, -etiketten usw.

15 MAEDER 73.

16 TROLLER 400; KUMMER 221 (Firmensignet in plastischer Form).

17 Vgl. dazu hinten 121ff.

18 Art. 12 Ziff. 1 MMG. Vgl. PREISS 190.

Die Hinterlegung empfiehlt sich also immer dann, wenn die Figur wegen zu geringer Gestaltungsqualität keinen Urheberrechtsschutz genießt, dem Hinterleger aber dennoch an einem Schutz gegenüber allen Branchen und auch für die Verwendung in der Werbung gelegen ist.

Als Muster können beispielsweise Etiketten hinterlegt werden sowie wiederkehrende Motive oder Verzierungen, die auf Waren oder auf Werbemitteln angebracht werden, wie Farb- und Graphikmuster, Stickereimuster usw. Nicht hinterlegt werden können aber Bilder als solche wie z.B. ganze Inserate oder Plakate, denn diese enthalten normalerweise einen Inhalt, eine Aussage und sind nicht bloss eine Vorlage für die Herstellung von Gegenständen(19).

Von besonderer Bedeutung für den Nachahmungsschutz von Uhrenmodellen ist die Möglichkeit, eine originelle Zifferblattgestaltung als Muster schützen zu lassen(20). Dadurch kann insbesondere für Uhren, deren Form nicht über das allgemein Uebliche hinausgeht, ein gewisser Schutz erreicht werden. Voraussetzung ist aber, wie erwähnt, eine einigermaßen originelle und neuartige Gestaltung oder Musterung, die sich nicht in der Darstellung der notwendigen Anzeigen erschöpft.

19 KUMMER 220f.; vgl. auch HG Zürich in ZR 10 (1911), 293ff.

20 Insbesondere bei den modernen Billiguhren, die als Mode- und Saisonartikel verkauft werden, kommt der Gestaltung des Zifferblattes ein hoher Stellenwert zu. Bei diesen Uhren erscheint die eigentliche Zeitangabe oft nur noch als nebensächlich gegenüber der originellen graphischen Ausschmückung.

II. Schutz der werbewirksamen Form

Form und äussere Ausgestaltung von Waren und Verpackungen haben, neben vielen anderen Funktionen, eine bedeutende Funktion als Mittel der Absatzförderung und damit der Werbung(21). Dies ist vor allem in Selbstbedienungsläden der Fall, wo ein grosser Teil der Kaufentscheidungen auf Grund der äusseren Warenform getroffen wird. Eine attraktive Form kann den Konsumenten einerseits zu Spontan- und Impulsivkäufen verleiten, anderseits dazu führen, dass ein Produkt einem anderen, an sich gleichwertigen Produkt vorgezogen wird. Mit einer neuen Form kann ein Hersteller überdies erreichen, dass seine eigenen Produkte künstlich altern und die Käufer dazu veranlasst werden, neue Produkte zu kaufen. Die Formgestaltung der Ware wird aus diesem Grund in vielen Fällen zu einem wesentlichen Teil von den Werbeabteilungen mitbestimmt(22). Die Ausformung von Waren nach ästhetischen und werbewirksamen Kriterien ist keineswegs nur auf Zier- oder Schmuckgegenstände beschränkt, sondern kommt vielfach auch reinen Zweck- und Gebrauchsgütern zu, die mehrheitlich industriell gefertigt werden(23).

- 21 WEBER 87f. hält fest, dass das Design einen wesentlichen Teil des Produkteerfolges ausmachen kann, da der Mensch 70 bis 80 % seiner Informationen über das Auge aufnehme.
- 22 DAVID, Werberecht, 3; die überragende Bedeutung der Form zeigt sich z.B. auch darin, dass heute in vielen Inseraten und Plakaten nur noch mit der Abbildung der Warenform geworben wird.
- 23 DUPERTUIS 93; PFENNINGER 1; TROLLER 402; vgl. auch die Ausführungen von BENUSSI, F.: Der Schutz des "industrial design" in Italien, GRUR Int. 1980, 403ff.; BGE 108 II 74: "Das gefällige Aussehen kann selbst bei Erzeugnissen, die vorwiegend einen technischen Zweck erfüllen, mitbestimmend sein, dass der Käufer sich eher für das eine als für das andere entscheidet."

Im modernen Design hat sich dabei eine Wandlung vollzogen, welcher die bisher vom BAGE und BGer(24) praktizierte Unterscheidung zwischen technisch bedingten und primär ästhetisch motivierten Formgebungen nicht mehr unbedingt angemessen ist. Diese Wandlung soll im folgenden kurz skizziert werden.

Gutes Design bedeutet bei modernen Produkten nicht, dass Verzierungen an eine in der Grundgestalt schon vorgegebene Form angebracht werden, so wie dies vielfach früher der Fall war(25). Heute werden vielmehr funktionale und ästhetische Elemente im Idealfall schon von Anfang an in die Planung eines neuen Produktes miteinbezogen und verschmelzen schliesslich in der Endform(26).

Die funktionalen Faktoren, die auf die Form(27) einwirken, haben zwar in neuerer Zeit eher an Bedeutung gewonnen. So wird z.B. die Form eines Automobils weitgehend von den Erkenntnissen der Aerodynamik oder auch der Sicherheitstechnik bestimmt, Apparate und Werkzeuge müssen sich an den Anforderungen der Ergonomie(28) orientieren, und überdies muss sich in vielen Fällen die Endform eines Produktes auch noch weitgehend den Erfordernissen einer automatisierten Fertigung oder einer rationalen Lagerung anpassen.

24 BGE 95 II 475ff.; zur Praxis des BAGE vgl. die Kritik bei TROLLER 403.

25 So spricht GUYER (N 7 zu Art. 2 MMG) in Kommentierung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vom Geschmacksmuster als dem "Mantelchen", das dem Verkaufsobjekt "umgehängt" werde, um dasselbe schöner zu machen. HANSEN 92 weist darauf hin, dass früher versucht wurde, die Funktionalität eines Gegenstandes zu verdecken, heute aber vielfach versucht werde, diese gerade zu betonen.

26 Vgl. MANA 56: "Industrieprodukte mit gutem Design (...) sollten eine ästhetische Qualität haben, die bereits im Entwurf geplant ist und nicht erst später durch manuelle, kunsthandwerkliche Bearbeitung entsteht."

27 Es geht nur immer um die äussere Form und um die Unterscheidung in funktional bedingte und ästhetische Formelemente, nicht aber um die Unterscheidung der technischen Konstruktion einerseits und der äusseren Form anderseits. Vgl. dazu auch TROLLER 403 Anm. 34 und 35.

28 Neben der Ergonomie wird auch die sogenannte Anthropometrie (Lehre von den Ausmassen, Proportionen des menschlichen Körpers, seinen motorischen, physiologischen und psychologischen Gegebenheiten) miteinbezogen. Vgl. z.B. MANA, 83ff. Man spricht auch von "Bio-Design".

Solche Vorgaben erschweren zwar die Schaffung eines ästhetisch wirkenden Designs erheblich, es zeigt sich dennoch, dass von verschiedenen Herstellern, welche alle den gleichen Bedingungen unterliegen, verschiedene - mehr oder weniger ansprechende - Formen geschaffen werden(29). Diese Tatsache ist dadurch zu erklären, dass dem Designer in den meisten Fällen trotz aller Vorgaben noch ein gewisser gestalterischer Spielraum bleibt. Technisch oder funktional absolut bedingte Formen gibt es nur sehr wenige, so z.B. die Propellerform, die Form der Schiffsschraube, die aerodynamisch optimale Tropfenform. In allen diesen Fällen - und nur in diesen Fällen - ist die Form die direkte und unausweichliche Konsequenz der Funktion und der physikalischen Gesetze und daher auch absolut freihaltebedürftig und nicht schützbar. In allen anderen Fällen mag wohl die Form sehr stark durch funktionelle Elemente vorbestimmt sein, ein gewisser gestalterischer Spielraum bleibt aber dennoch erhalten(30). Daher

- 29 So führte der Ende der 70er Jahre auf breiter Basis einsetzende Boom der aerodynamischen Gestaltung von Automobilkarosserien wohl zu einer Angleichung der Automobilformen, dennoch sind die optischen Ergebnisse des Designs bei den einzelnen Herstellern verschieden. Es sind oft nicht sofort ins Auge springende Merkmale, welche die einzelnen Karosserieformen voneinander unterscheiden, sondern eher Feinheiten der Gestaltungen, welche in ihrer Summe zu einem mehr oder weniger eigenständigen Gesamtbild führen. Es ist auch festzuhalten, dass die äusserst zahlreichen funktionalen Vorgaben durch computergestütztes Design (CAD) und andere Hilfsmittel erheblich einfacher als früher berücksichtigt werden können und dass somit mehr Aufmerksamkeit auf das eigentliche ästhetische Design gelegt werden kann.
- 30 Vgl. noch einmal das Beispiel der Autokarosserie: Ihre Form wird diktiert durch unzählige technische und funktionale Vorgaben: Sicherheit, Innenraumvolumen, Komfort, Motorengrösse, Sicht, Aerodynamik, Gewicht usw. Dennoch wird es sich kein Hersteller nehmen lassen, auch noch die Komponente "Aesthetik" in den Anforderungskatalog aufzunehmen. Oft muss es dem Designer auch gelingen, das neue Modell in bestimmten Stilmerkmalen einer schon bestehenden Modellreihe anzupassen. Als Beispiel vgl. die Ausführungen des OLG Köln in GRUR 1985, 438ff., wo die Geschmacksmusterfähigkeit eines Autokotflügels geprüft wurde. (In casu wurde der Schutz abgelehnt mit der Begründung, dass die Form weder besonders neu noch besonders schön sei.)

muss auch in allen diesen Fällen ein modellrechtlicher Schutz grundsätzlich möglich sein. Es ist nicht danach zu fragen, ob die Form vorwiegend technisch bedingt ist oder ob sie dem Objekt primär aus ästhetischen Gründen gegeben wurde. Zu prüfen ist einzig, ob die in Frage stehende Form neu ist und ob sie "ein Mindestmass an geistigem Aufwand, eine gewisse Originalität" erkennen lässt(31).

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bei der Beurteilung, ob einer Form die nötigen Gestaltungsqualitäten für den modellrechtlichen Schutz zukommen, zu berücksichtigen ist, dass sich moderne Warenformen oft nur noch schwer in funktionale und ästhetische Elemente aufteilen lassen(32) und dass sich die gestalterische Qualität nicht einfach daran messen lässt, wie kunstvoll ein Objekt durch Verzierungen, Schnörkel usw. "ausgeschmückt" ist. Vielmehr zeichnet sich heute das Design vieler moderner Produkte durch einen sachlichen, schnörkellosen Stil aus. Bei diesem Stil entscheiden vielfach nur geringfügige Einzelheiten (oft vor allem "Weglassungen", Verzicht auf Ausschmückungen) über eine "gute" oder "schlechte" Form(33), und entsprechend schwer fällt es daher, zu beurteilen, ob überhaupt eine gewisse gestalterische Qualität zu erkennen ist. Diese Schwierigkeit der Beurteilung darf aber nicht zu einer einschränkenden Gewährung des modellrechtlichen Schutzes führen, vielmehr ist den ge-

31 Zu weit geht dagegen m.E. die von TROLLER 405 vertretene Ansicht, wonach auch technisch absolut bedingte Formen geschützt werden könnten, ohne dass damit ins Patentrecht eingegriffen würde. Bei solchen Formen ist m.E. die Aesthetik absolut und unausweichlich durch die Funktion bedingt. Eine Monopolisierung der äusseren Form würde somit ebenso unausweichlich die Monopolisierung der zugrunde liegenden Konstruktion bedeuten.

32 Vgl. BILL, M.: Form, Basel 1952, 8: "So definieren wir Form als das Ergebnis des Zusammenwirkens von Material und Funktion mit dem Ziel, schön und vollkommen zu sein."; MANA 88: "Die Lösung der designerschen Aufgabe besteht schliesslich darin, eine Ganzheit zu schaffen, die alle Teilprobleme in Beziehung setzt."

33 Ähnlich KUMMER, ZBJV 116 (1980), 54.

änderten geschmacklichen und damit auch gestalterischen Anschauungen angemessen Rechnung zu tragen(34).

Auch bei der Beurteilung der Frage, ob eine Form neu oder aber schon bekannt ist beziehungsweise ob eine Nachahmung oder eine eigene Gestaltung vorliegt, ist die Tatsache zu berücksichtigen, dass oft nur geringfügige Nuancen das Gesamtbild entscheidend beeinflussen und verändern können.

Eine Form kann nur dann modellrechtlichen Schutz erlangen, wenn sie dem Objekt bewusst mindestens zum Teil aus dem Grunde gegeben wurde, den Geschmack anzusprechen(35). Daher fallen m.E. Formen, die nur nach technisch funktionalen Kriterien entwickelt wurden (z.B. Maschinen für eine Maschinenhalle) und die darüber hinaus nur zufällig eine ästhetische Qualität besitzen, nicht unter den Begriff des Modells, denn in diesen Fällen ist die Aesthetik nicht aus dem Geiste des Urhebers stammend, sondern ein Produkt des Zufalls(36). Es ist daher zu prüfen, ob überhaupt ein gewisser Freiraum bei der Gestaltung bestanden hatte und ob dieser Freiraum bewusst ausgenutzt wurde in der Absicht, eine ästhetische Komponente in die Gestaltung miteinzubringen.

- 34 In BGE 95 II 475ff. hält das BGer fest, der heute vorherrschende Stil der "modernen Sachlichkeit" biete weniger Möglichkeiten, einem Gegenstand eine originelle, eigenständige Prägung zu verleihen, als dies etwa noch während der Jugendstilzeit der Fall gewesen sei. (Ähnlich DAVID, Werberecht, 86.) Diese Behauptung ist m.E. nicht richtig; es ist heute nur schwieriger geworden, die prägenden Stilmerkmale als solche zu erkennen. Vgl. auch die (ironische) Bemerkung von KUMMER 49: "Jugendstil ist 'schutzfähiger' als moderne Sachlichkeit."
- 35 BGE 104 II 329, 92 II 204. Grundsätzlich ist jede Form geeignet, den Geschmack anzusprechen; der Richter hat nicht zu beurteilen, ob eine Form "schön" sei oder nicht (vgl. TROLLER 402: "Wiederum ist darauf hinzuweisen, dass es keine ästhetisch neutralen Formen gibt,...").
- 36 MUELLER 51 spricht vom "ästhetischem Zufall". Vgl. auch MAÑA 56: "Aber erst, wenn diese ästhetische Komponente bewusst berücksichtigt wird, können wir von industrieller Formgestaltung sprechen." Diese bewusste ästhetische Gestaltung auch von rein funktionellen Gegenständen nimmt heute immer mehr zu. So überliess der italienische Automobilkonzern "Fiat" die endgültige äussere Gestaltung eines neuen Automotors (!) einem Design-Team, das den Auftrag hatte, auch auf ein ansprechendes, ästhetisches Aussehen zu achten.

§ 9. Grundlagen

Im Gegensatz zum Marken- und zum Muster- und Modellrecht kann das Urheberrecht grundsätzlich Schutz für sämtliche Ausdrucksformen menschlicher Tätigkeit bieten. Der urheberrechtliche Schutz kommt daher potentiell auch für alle Werbemittel in Frage. Das Urheberrecht hat den Vorteil, dass der Schutz gegenüber jedermann wirkt und dass die Schutzdauer relativ lang ist, was für langfristig geplante Werbemittel erwünscht ist. Zudem sind keinerlei formelle Voraussetzungen nötig, um den Schutz zu erlangen; dieser entsteht vielmehr schon unmittelbar mit der Schaffung eines Werkes. Den genannten Vorteilen steht der Nachteil gegenüber, dass sich viele Werbeformen am Rande des urheberrechtlichen Schutzbereiches bewegen⁽¹⁾,

1 Vor allem in der deutschen Literatur werden Werkkategorien, die am unteren oder untersten Rand des urheberrechtlichen Schutzbereiches liegen, als sogenannte "kleine Münze" des Urheberrechtes bezeichnet. Vgl. dazu SCHULZE, G.: Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsschwierigkeiten bei den Werkarten des Urheberrechtes, Freiburg im Breisgau 1983, sowie THOMS, F.: Der urheberrechtliche Schutz der kleinen Münze, München 1980, der auch auf die Rechtslage in der Schweiz eingeht. Meistens werden dazu auch Werbesprüche oder -prospekte gezählt, ohne jedoch zu differenzieren, welche Gestaltungshöhe im Einzelfall erreicht wurde. Was genau zum Bereich der "kleinen Münze" gehören soll, lässt sich jedoch nicht genau abgrenzen (vgl. KUMMER 166). Als Argumente für eine Ausklammerung der "kleinen Münze" aus dem Urheberrecht werden u.a. die Gefahr der Verwässerung des Urheberrechtes durch einen Einbezug dieser "Schöpfungen der niedrigen Art" sowie die Unnötigkeit eines so lange dauernden Schutzes für solche Gestaltungen genannt. M.E. ist der Begriff der "kleinen Münze" überflüssig und führt, da er eine neue Werkkategorie schaffen will, zu noch mehr Abgrenzungsschwierigkeiten. Gl. M. HUNZIKER 70 Anm. 7: "Das Problem der Grenzziehung wird nicht entschärft, sondern verdoppelt." Ähnlich TROLLER 375f. Gerade in der enormen Vielfalt und der höchst unterschiedlichen Gestaltungshöhe, wie sie sich im Werbeschaffen zeigt, erweist es sich als wenig sinnvoll, bestimmte Kategorien geschützter und nicht geschützter Gestaltungen zu schaffen, vielmehr ist anhand von grundlegenden Kriterien jeweils im Einzelfall über die Qualifikation einer Gestaltung zu entscheiden.

so dass oft ungewiss bleibt, ob in einem allfälligen Prozess der Richter im Einzelfall den Schutz zusprechen wird oder nicht.

Das URG aus dem Jahre 1922 befindet sich zur Zeit in Revision⁽²⁾. Da der sogenannte Werkbegriff, der für die vorliegende Arbeit primär von Bedeutung ist, im neuen Gesetz kaum grössere Aenderungen erfahren wird, werden sich bei Inkrafttreten des neuen Rechts diesbezüglich auch kaum wesentliche Verschiebungen ergeben, andernfalls wird darauf hingewiesen.

Im folgenden wird zunächst versucht, den für das Urheberrecht zentralen Begriff des geschützten Werkes näher zu umschreiben. Anschliessend werden für die einzelnen Werbemittel Kriterien gesucht, um zu entscheiden, wann eine bestimmte werbliche Gestaltung den urheberrechtlichen Schutz beanspruchen kann. Damit soll wenn möglich eine bessere Voraussehbarkeit einer allfälligen richterlichen Entscheidung erreicht werden.

I. Werkbegriff

Art. 1 Abs. 1 URG bezeichnet als Schutzgut des Gesetzes die Werke der Literatur und Kunst. Die Bestimmung enthält eine Reihe von Ausdrucksformen, welche unter diese Kategorie fallen; die Aufzählung ist jedoch nicht abschliessend. In Art. 2 URG werden ausserdem die Werke der Photographie als besondere geschützte Kategorie erwähnt. Im folgenden werden die einzelnen Voraussetzungen zum Schutz eines Werkes, die von Lehre und Rechtsprechung auf Grund der gesetzlichen Formulierung herausgearbeitet wurden, in gedrängter Form dargestellt. Sie haben grundsätzlich Gültigkeit für alle Werbemittel, die anschliessend im einzelnen auf ihre Schutzfähigkeit hin untersucht werden.

2 Vgl. die Botschaft zum EURG, BBl. 1984 II, 173ff.

1. Die einzelnen Merkmale

a) Geistige Tätigkeit eines Menschen

Die geistige(3) Tätigkeit eines Menschen(4) muss zu der in Frage stehenden Schöpfung geführt haben. Erzeugnisse einer Maschine, z.B. eines Computers(5), oder in der Natur vorhandene Gegenstände ohne jede Bearbeitung durch die menschliche Hand sind daher nicht geschützt(6).

b) Wahrnehmbare Form

Diese geistige Tätigkeit muss sich in einer wahrnehmbaren Form niedergeschlagen haben(7). Die bloße Idee (z.B. eine Werbeidee), in keiner Weise sichtbar gemacht, ist daher nicht geschützt, es kann aber schon genügen, wenn sich die Idee in einer Skizze oder in einem Entwurf konkretisiert hat(8). Daher ist beispielsweise der Rohentwurf eines Werbeplakates oder auch die in ihren Hauptpunkten skizzierte Idee für eine ganze Werbekampagne geschützt, sofern eine genügende Gestaltungshöhe erreicht wird(9).

Geschützt ist nur die jeweilige einzelne wahrnehmbare Form, nicht aber der Stil, der sich aus einem oder mehreren

3 TROLLER 351 spricht daher von Geisteswerk.

4 LARESE 106: "Nur der Mensch kann schaffen."

5 KUMMER 170ff.; ULMER 128. Selbstverständlich sind aber Erzeugnisse, welche der Mensch mit Hilfe von Maschinen oder Computern erschafft, schützbar.

6 TROLLER 354; KUMMER 75f. vertritt demgegenüber eine eigene Ansicht: Wer etwas zur Kunst erhebt, schafft damit ein Kunstwerk. Die Präsentation durch den Künstler kann daher auch einen von der Natur vorgegebenen Gegenstand zum Kunstwerk machen (vgl. auch hinten Anm. 12).

7 TROLLER 370 spricht von "Materialisation".

8 KIRCHGRABER 25; TROLLER 354; ULMER 128. Bei Sprachwerken genügt beispielsweise schon die mündliche Mitteilung.

9 Die vorgesehene Form, in welcher sich diese Idee niederschlagen soll, muss aber bereits konkret im Entwurf dargestellt sein (HUBMANN 39).

Werken herauslesen lässt(10). Nicht geschützt ist demnach z.B. der Stil, der in einer Anzeigenkampagne oder einer ganzen Werbekonzeption zum Ausdruck kommt, ebensowenig kann sich eine Werbeagentur darauf berufen, dass ihr persönlicher Agenturstil durch den ähnlichen Stil einer anderen Agentur verletzt werde. Bei einer Werbekampagne muss somit für jedes einzelne Werbemittel gesondert geprüft werden, ob die notwendige Gestaltungshöhe für den Urheberrechtsschutz erreicht wurde. Auch Themen einer Anzeigenkampagne können als solche nicht geschützt werden. Ihre Uebernahme ist nur dann unstatthaft, wenn gleichzeitig auch eine Uebernahme der äusseren Gestaltung erfolgt.

c) Zugehörigkeit zu Literatur oder Kunst

Das wahrnehmbare Ergebnis der geistigen Tätigkeit eines Menschen muss ein Werk der Literatur und Kunst sein(11). Was als Werk der Literatur und Kunst gilt, wird beispielhaft(12) in Art. 1 Abs. 2 URG aufgeführt. Lehre und Rechtsprechung haben sich jeweils nur am Rande mit der Frage beschäftigt, was noch zu Literatur und Kunst zählen soll(13).

10 KUMMER 52 ff.; TROLLER 394.

11 Das URG erwähnt in Art. 1 auch die wissenschaftlichen Werke; diese sind aber für die Werbung kaum relevant (evtl. können gewisse Preislisten und andere Auflistungen, die ein bestimmtes System erkennen lassen, dazugerechnet werden).

12 Die Aufzählung ist nicht abschliessend: LARESE 99; REINHART 16; TROLLER 347.

13 TROLLER 358 sieht als Kriterium für die Zugehörigkeit zu Literatur und Kunst die Tatsache an, dass solche Werke ihren Zweck schon durch ihr Dasein in sinnlich wahrnehmbarer Form erfüllen würden. KUMMER 75ff. überlässt dagegen im Hinblick auf moderne Formen der Kunst, welche sich nur schwer in das traditionelle Kunstverständnis einordnen lassen, den Entscheid dem Künstler. Er verwendet dafür den Ausdruck "Präsentation": Was der Künstler als Kunst ausgibt, soll auch der Kunst angehören. Vgl. KUMMERs überzeugende Argumente für dieses Kriterium in ZBJV 118 (1982), 202 (Besprechung von BGE 106 II 71ff.). Eine ähnliche Ansicht vertritt LARESE 101: "Kunst ist Sache der Künstler." ULMER 128 möchte den Entscheid den Künstlern und den Kunstsachverständigen überlassen. Vgl. auch KUMMER, Werkbegriff, 126ff., wo er als Kriterium für die Zugehörigkeit zur Kunst das Beziehungsfeld, in welchem eine Hervorbringung steht, ansieht.

Festgehalten werden kann aber, dass der Kreis immer sehr weit gezogen wurde. Für den Bereich der Werbung kann davon ausgegangen werden, dass grundsätzlich praktisch alle Werbeformen in den Bereich der Literatur und Kunst fallen können (in Art. 1 URG werden insbesondere auch die Werke der angewandten Kunst erwähnt). Die Zweckgebundenheit, die der Werbung anhaftet, ist dafür jedenfalls kein Hindernis(14).

Dass werbliche Gestaltungen auch ausserhalb der rechtlichen Betrachtung in vielen Fällen der Kunst zugeordnet werden, belegen zahlreiche Publikationen(15), Plakatausstellungen in Kunstmuseen usw. Kunst und Werbung beeinflussen sich auch immer wieder gegenseitig(16). Die Einordnung der Werbung in den Bereich der Literatur und Kunst bietet also keine grundsätzlichen Schwierigkeiten. Hauptproblem bei der rechtlichen Beurteilung bildet vielmehr die Frage, ob überhaupt ein Werk im gesetzlichen Sinn vorliegt.

d) Eigenart

Diese Voraussetzung ist die Frage danach, ob der Künstler die "Schwelle" zum Urheberrechtsschutz überschritten hat oder nicht. Das BGR hat dazu die folgenden Kriterien entwickelt:

- 14 REINHART, Urheberrecht und Werbung, 578; SCHENK 92. TROLLER 358 und 365 (insbesondere in bezug auf Werbetexte) schätzt eine Leistung, die trotz der Fesseln des Zweckes erbracht wurde, eher als höhere Leistung ein. KUMMER 74 schreibt zwar: "Die Zweckfreiheit ist durchgehende Eigenschaft des urheberrechtlich Schützbares." Zweckfreiheit bedeutet in diesem Zusammenhang jedoch nur: "Nicht durch das Mitzuteilende vorgegeben" (a.a.O.). Sobald der Künstler also einen gewissen Spielraum bei der Gestaltung hat, arbeitet er zweckfrei. Vgl. auch KUMMER, Werkbegriff, 128f., sowie BGE 68 II 60, 57 I 62. Ebenso Art. 1 Abs. 1 EURG ("... ohne Rücksicht auf Wert oder Zweck ...").
- 15 Bsp.: GEESE, U./KIMPEL, H. (Hrsg.): Kunst im Rahmen der Werbung, Marburg 1982; Kunst und Werbung, "DU" (Monatszeitschrift) Nr. 381, November 1972.
- 16 Als Musterbeispiel kann das Schaffen von Andy Warhol gelten.

- Eine originelle geistige Idee soll sich in einem wahrnehmbaren Ergebnis niedergeschlagen haben. Dieses Ergebnis soll eine eigenartige Geistesschöpfung von selbständigem oder individuellem Gepräge darstellen(17).
- Als wesentlich erachtet das BGER dabei das Mass der Freiheit, den Gestaltungsspielraum, den der Urheber hatte. Je grösser die Freiheit des Schaffenden, desto grösser ist die Möglichkeit, ein Werk zu schaffen(18).
- Das Ergebnis hat sich durch seine Individualität insbesondere vom Gemeingut abzuheben(19). Aus der eigenartigen Kombination von Bestandteilen, die an sich dem Gemeingut zugehören, kann aber ein Werk entstehen(20).
- Der ästhetische Wert und die Bedeutung eines Werkes sind bei der Beurteilung nicht zu berücksichtigen(21).
- An das Mass der geistigen Leistung sind keine hohen Anforderungen zu stellen.

- 17 Zusammenfassende Formulierung in BGE 106 II 73; vgl. auch BGE 77 II 379, 76 II 100 (wo von "cachet propre" und "idée personnelle" gesprochen wird), 75 II 359ff. Originell darf hier nicht unbedingt im Sinne eines originellen Einfalls, eines "Gags", wie er beispielsweise in einer Werbeidee enthalten sein kann, verstanden werden. Vgl. als Bsp. den Entscheid des OLG Frankfurt in GRUR 1979, 466ff., wo ausgeführt wird, dass mit Originalität im urheberrechtlichen Sinne nicht die "gaghafter", verblüffende Kombination von ungleichen Elementen (hier handelte es sich um eine Glückwunschkarte in Form eines Euroscheck-Musters) gemeint sein könne. Ebenso KUMMER 86.
- 18 BGE 100 II 172 (Ladeneinrichtung); BGE 103 I 327 (topographische Karten).
- 19 Zur Abgrenzung zwischen Individualität und Gemeingut vgl. insbes. KUMMER 47ff. und REINHART 75f.
- 20 KUMMER 165.
- 21 Es soll eine möglichst wertfreie Betrachtung erfolgen: BGE 105 II 299, 68 II 58f., 58 II 299. HUBMANN 37: "Keinesfalls können künstlerische oder ästhetische Werturteile Gegenstand richterlicher Entscheidung sein. Die Kunst ist nicht justiziabel."

Problematisch ist die in BGE 105 II 299 verlangte Anforderung, wonach das Werk "la marque de la personnalité de l'auteur" tragen müsse(22). Heute werden sehr viele Werke, u.a. gerade auch in der Werbung, von mehreren Beteiligten geschaffen, so dass eine solche Anforderung nur noch schwer erfüllt werden könnte(23). Der Entwurf zum Bundesgesetz über das Urheberrecht spricht daher auch nur noch von individuellem Charakter und nicht mehr von Gepräge, da diese Formulierung zu sehr auf die Prägung durch den Urheber hinweisen würde(24).

Das BGer geht einerseits vom richtigen Grundsatz aus, dass nicht der künstlerische oder ästhetische Gehalt über den Schutz einer Schöpfung entscheiden soll, andererseits hat es aber in vielen Urteilen Formulierungen verwendet, welche darauf schliessen lassen, dass es sich trotzdem vielfach von solchen Kriterien hat leiten lassen. Dies hat vor allem KUMMER in seinem grundlegenden Buch "Das urheberrechtlich schützbares Werk" kritisiert(25). KUMMER hat einen möglichst wertfreien Beurteilungsmassstab gesucht und ihn im "Kriterium

- 22 Anders noch BGE 88 IV 123, wo nur gesagt wird, dass in den Fällen, da der Künstler aus dem Werk erkennbar sei, ein individuelles Gepräge am ehesten gegeben sei, aber nicht verlangt wird, dass sich in jedem Fall die Persönlichkeit zeigen müsse.
- 23 Vgl. die Kritik bei LARESE 146f., der insbesondere auf die heute übliche Werkschaffung durch mehrere Beteiligte hinweist und bemerkt, dass ein solches Urteil (zu) stark vom Können eines Sachverständigen abhängen würde. Kritik auch bei TROLLER 361.
- 24 Vgl. dazu Botschaft zum EURG, BBl. 1984 II, 202. Auf die Konsequenzen dieses neuen Werkbegriffs für den Begriff des Urhebers, insbesondere für die Miturheberschaft, vgl. LARESE 147ff.
- 25 KUMMER 40f.

der statistischen Einmaligkeit" gefunden. Der Entscheid über die Schutzfähigkeit eines Werkes soll dabei nach statistisch/mathematischen Grundsätzen mittels eines Vergleichs gesucht werden(26). Wird allerdings dieses Kriterium allein angewendet, führt es zu einer sehr grossen Ausdehnung des Schutzbereiches. So müsste beispielsweise jeder noch so banale Werbebrief ohne jegliche Individualität oder Originalität als Werk gelten, wenn er nur so viele Worte enthält, dass nach der Wahrscheinlichkeit kein anderer Verfasser genau dasselbe schreiben würde(27). Unter anderem aus diesem Grund wurde die noch im Vorentwurf I verwendete Formulierung von der statistischen Einmaligkeit nicht in den Entwurf übernommen und die bisherige Formulierung des Werkbegriffes weitgehend beibehalten(28).

2. Zusammenfassung

Aus der vorangegangenen Darstellung der verschiedenen Voraussetzungen des Urheberrechtsschutzes ergibt sich der in der vorliegenden Arbeit verwendete Begriff des urheberrechtlich schützbaren Werkes.

26 Auf das Kriterium der statistischen Einmaligkeit kann im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden. Festzuhalten ist aber, dass sich die sehr subtilen Ausführungen von KUMMER keinesfalls auf eine rein statistisch/mathematische Betrachtungsweise reduzieren lassen. (Vgl. z.B. KUMMER 45, wo er mit aller Deutlichkeit darauf hinweist, dass eine bloss "zählende" Beurteilung nicht das letzte Wort haben könne. Vgl. auch ders., Werkbegriff, 129f., wo er präzisiert, dass es nicht um die statistische Einmaligkeit der Gestaltung, sondern um die Einmaligkeit des Vorkommens gehe.) Zur Würdigung von KUMMERS Theorie vgl. TROLLER, A.: Die Bedeutung der statistischen Einmaligkeit im urheberrechtlichen Denken, FS Kummer, Bern 1980, 265ff.

27 Vgl. dazu OG Zürich, Mitt. 1980, 191; HUBMANN 37f.

28 Vgl. Art. 4 EURG.

Eine Gestaltung (also z.B. ein Werbemittel) gilt dann als Werk im Sinne des URG, wenn sie

- das sinnlich wahrnehmbare Ergebnis der geistigen Tätigkeit eines oder mehrerer Menschen ist,
- dem Bereich der Literatur und Kunst zugerechnet werden kann und
- sich durch Individualität (oder Eigenartigkeit) auszeichnet, wobei die statistische Einmaligkeit als ein Indiz für die Beurteilung dieser Individualität dient(29).

Unbeachtliche Kriterien sind dagegen:

- die Zweckgebundenheit oder -freiheit(30),
- die literarische oder künstlerische Qualität,
- die Erkennbarkeit des oder der Urheber aus dem Werk.

Zu erwähnen ist noch, dass die Zuerkennung von Urheberrechten, wie sie in vielen Verträgen der Werbebranche vorkommt, für die Frage, ob wirklich ein urheberrechtlich geschütztes Werk vorliegt, keinerlei Bedeutung hat. Urheberrechte entstehen nur, wenn tatsächlich ein Werk im Sinne des Gesetzes hervorgebracht wurde.

29 TROLLER, a.a.O. (vgl. vorne Anm. 23), 272 bezeichnet das Kriterium der statistischen Einmaligkeit als eine Anweisung, wie das Merkmal der Individualität festzustellen sei.

30 Selbstverständlich kann die Zweckgebundenheit die Möglichkeit der Gestaltung einschränken, doch ist sie grundsätzlich kein Ausschlussgrund.

II. Bearbeitung und freie Benutzung

Das Urheberrecht schützt auch Werke, welchen andere urheberrechtlich geschützte Werke als Vorlage gedient haben, soweit sie die nötige Gestaltungsqualität aufweisen (Art. 4 Abs. 1 Ziff. 2 URG). Bleibt das als Vorlage verwendete Originalwerk in einem solchen Werk noch erkennbar, so hat der Schöpfer, der dieses Werk zweiter Hand verwerten will, die Erlaubnis des Urhebers des Originalwerkes einzuholen, sofern dieses noch geschützt ist(31). Dies kann z.B. bei Werbeplakaten, die ein künstlerisches Werk als Vorlage nehmen und dieses in eigenartiger, origineller Weise verfremden, von Bedeutung sein.

Die Bearbeitung kann aber das Originalwerk auch in einem solchen Mass verändern, dass dieses im Verhältnis zur Bearbeitung nur noch als Anlass oder Ausgangspunkt erscheint(32). In diesem Fall entsteht ein "neues, selbständiges Werk"(33), das auch ohne die Erlaubnis des Berechtigten am Originalwerk verwendet werden darf. Es wird deshalb auch von einer "freien Benutzung" gesprochen(34). Ähnliches gilt, wenn nur die in einem Werk enthaltenen Themen oder Ideen übernommen werden, die formale Gestaltung aber völlig verändert wird.

31 Art. 13 Abs. 1 URG. Vgl. dazu REINHART 17ff.; TROLLER 392f.

32 Die Botschaft spricht von der blossen "Inspiration" durch ein bestehendes Werk (BBl. 1984 II, 202).

33 REINHART 28.

34 In BGE 85 II 129 ("Sherlock-Holmes-Urteil") wurde die freie Benutzung (im Gegensatz zur unerlaubten Bearbeitung) als ungeschriebene Norm des schweizerischen Rechts anerkannt. PREISS 188 ist (bezüglich der Nachahmung von Werbefiguren) der Ansicht, dass sich ein Nachahmer nur in den seltensten Fällen auf das Recht der freien Benutzung berufen können, da dieser es meistens darauf abgesehen habe, das Werbemittel des Konkurrenten möglichst vorlagegetreu für eigene Zwecke zu verwenden. Vgl. auch REINHART 20.

Auch eine Parodie kann in vielen Fällen eine freie Benutzung darstellen. Für die Werbung kann die Parodie dann relevant werden, wenn ein Werbetreibender in seiner Werbung die Werbung eines anderen parodiert oder wenn zwei Unternehmen in ihrer Werbung in ironischer Art aufeinander Bezug nehmen(35).

Bei einem Vergleich zwischen Bearbeitung und Original und insbesondere bei der Beurteilung der Frage, ob eine unerlaubte Nachahmung vorliegt oder nicht, ist auf diejenigen Teile zu achten, welche die Individualität des Originalwerkes ausmachen, denn nur diese sind geschützt(36).

III. Schutzzumfang und Schutzdauer

Der Inhalt des Urheberrechtes wird in Art. 12 URG eingehend umschrieben(37). Das Urheberrecht kann auch von mehreren Berechtigten, welche Beiträge geleistet haben, die sich nicht voneinander trennen lassen, ausgeübt werden (Miturheberschaft: Art. 7 URG).

Das Urheberrecht, das in der gesetzlich vorgesehenen Weise und zu Lebzeiten des Urhebers bekanntgegeben worden ist (vgl. Art. 11 URG), endet mit dem Ablauf von 50 Jahren seit dem Tode des Urhebers (Art. 36 URG).

35 Zu den urheberrechtlichen Problemen der Parodie vgl. ausführlich HEFTI, insbes. 50ff. und 110ff. Bei der Parodierung der Werbung eines Konkurrenten ist, abgesehen von der Problematik der Nachahmung, vor allem darauf zu achten, dass keine unzulässige Herabwürdigung des Konkurrenten und somit ein Verstoß gegen das UWG erfolgt. In einer Werbekampagne im Jahr 1985 parodierten sich die Deutsche Bundesbahn und der Autohersteller "Fiat" gegenseitig mit verschiedenen, jeweils aufeinander beziehenden Anzeigen in der Presse. Ähnliche, aufeinander abgestimmte, ironische Werbekampagnen gingen auch schon von den Automobilherstellern "BMW" und "Mercedes" aus.

36 BGE 57 I 62ff. Die Frage, wie weit sich eine Nachahmung an das Original annähern darf, wird in der Literatur relativ wenig diskutiert: DAVID, Werberecht, 370.

37 Vgl. dazu ausführlich TROLLER 679ff.

§ 10. Schützbare Werbemittel

I. Werbephotographie

1. Bedeutung der Photographie für die Werbung

Die Photographie gehört heute zu den wichtigsten und am häufigsten eingesetzten Werbemitteln, da sie für den Einsatz in praktisch allen Werbemitteln geeignet ist: Sie erscheint auf Plakaten in der Aussenwerbung⁽³⁸⁾, in Zeitschriften- und Zeitungsinseraten, in Werbeprospekten und -kalendern, auf Postkarten für die Fremdenverkehrswerbung, in Katalogen, auf Verpackungen usw. Auch die oftmals sehr phantasievoll gestalteten Photographien auf Schallplattenhüllen sind wichtige Werbemittel für die betreffende Musik⁽³⁹⁾. In den Kinopausen werden neben Werbefilmen auch Diapositive zur Werbung eingesetzt.

Ist die Aufnahmetechnik vom Grundprinzip her an sich einheitlich, so ist dagegen der Inhalt der einzelnen Photos von höchst unterschiedlichem Charakter. Er reicht von der banalen, wenn auch in den meisten Fällen technisch perfekten Ablichtung des angepriesenen Produktes über die Darstellung mehr oder weniger origineller Szenen und Motive, die zum Kauf anregen sollen, bis zu künstlerisch hochwertigen Aufnahmen, die einen hohen persönlichen Ideengehalt aufweisen. Vor allem die kunstvolle oder künstlerische Photographie kann für die Werbung sehr interessant sein, da das Ansprechen des ästhetischen Empfindens meistens werbewirksam ist.

38 Beispiele hochstehender Plakatkunst finden sich z.B. bei WEILL, A.: Plakatkunst international, Berlin 1985

39 Beispiele bei: THORGERSON, S./DEAN, R. (Hrsg.): Das Buch der Schallplattenhülle, Zürich 1980.

2. Werke der Photographie

a) Allgemeines

So wie die Kunstkritiker lange Zeit der Photographie die Anerkennung als selbständige Kunstgattung versagten, so hatten auch die Juristen oft Mühe, die Photographie in das Urheberrecht einzuordnen. So lehnt es z.B. DESBOIS völlig ab, eine Photographie als urheberrechtlich schützbares Werk anzusehen, da er im Vorgang der Erschaffung einer Aufnahme einen grundsätzlichen Unterschied zu allen anderen Schöpfungen sieht(40). KUMMER schreibt, dass sich die Individualität in der Photographie ungleich dürftiger als in den alten Kunstdisziplinen zeige(41). Auch TROLLER erachtet es als schwierig, eine individuelle Photographie zu machen; er schliesst dies jedoch keineswegs aus(42).

Es ist sicher richtig, dass der sehr technische(43) und dokumentarische Charakter der Photographie das Zustandekommen

40 DESBOIS 81.

41 KUMMER 207. Sein Vergleich mit dem Stil eines Malers lässt sich jedoch widerlegen; es gibt auch sehr viele Photographen (wie z.B. Henri Cartier-Bresson, Man Ray, Diane Arbus), deren ganz persönlicher Stil sich aus ihren Photos herauslesen lässt, und zwar nicht nur anhand der dargestellten Motive, sondern anhand ihrer photographischen "Handschrift". Gl.M. TRACHSLER 13.

42 TROLLER 387; ähnlich REINHART 180. Zur Diskussion, ob die Photographie weiterhin im URG oder aber z.B. nur noch als Arbeitsergebnis geschützt werden soll, vgl. den sehr guten Ueberblick bei MARTIN-ACHARD, E.: La photographie, FS 100 Jahre URG, Bern 1983, 317ff.

43 Andererseits ist die Phototechnik heute so weitgehend perfektioniert und automatisiert worden, dass sie immer mehr zur Nebensache geworden ist. FEININGER 97 bezeichnet die Technik denn auch als blossen "Transformator" für die Ideen des Photographen. Gerade im umgekehrten Sinn äussert sich KUMMER, Werkbegriff, 140f., der die Ansicht vertritt, dass je mehr sich die Technik vervollkomme, desto stärker der Anteil des Autors dahinschmelze. Ueberspitzt formuliert würde dies aber bedeuten, dass in der Anfangszeit der Photographie mehr Möglichkeiten zur kreativen Photographie bestanden hätten, weil dort die technischen Probleme noch grösser waren. Diese Ansicht ist m.E. verfehlt, denn schöpferische Photographie entsteht nicht aus der blossen Beherrschung der Technik, sondern wie beispielsweise allein aus der virtuellen Beherrschung eines Musikinstrumentes eine überzeugende Interpretation entsteht.

künstlerischer Bilder erschweren kann. Der grundsätzliche Vorgang der Schaffung eines Werkes ist jedoch beim Photographen gleich wie bei jedem anderen Urheber. Das Bild entsteht zuerst im Geiste des Künstlers, der dann versucht, dieses innere Bild sichtbar zu machen(44). Dass er sich für dieses Sichtbarmachen eines Apparates bedient, spielt keine erhebliche Rolle(45).

Anerkennt man grundsätzlich die Möglichkeit, dass mit Hilfe der Photographie urheberrechtlich schützbares Werke geschaffen werden können, wie dies auch Art. 2 URG normiert, so heisst dies noch nicht, dass sämtliche Photographien geschützt wären. Nach herrschender Lehre und Gerichtspraxis schützt Art. 2 URG nur die sogenannten Werke der Photographie, nicht aber auch "einfache" Photographien(46). Es stellt sich daher auch hier das Problem der Abgrenzung.

b) Kriterien zur Abgrenzung

aa) Bei jeder photographischen Aufnahme können grundsätzlich drei verschiedene Elemente unterschieden werden:

44 FEININGER 20 spricht von "Prävisualisierung".

45 Ebenso ULMER 151, der auf andere schöpferische Leistungen, die mit Hilfe von Apparaturen entstanden, hinweist. Ähnlich TRACHSLER 14. FEININGER, Grosse Fotolehre, 23: "Für sich genommen ist die Kamera so wenig schöpferisch wie ein Lehmkloss, aber wie dieser wird auch sie in begnadeten Händen zum schöpferischen Medium." A.A. REINHART 180, der die Möglichkeit, durch die Photographie eine gedankliche Vorstellung in eine individuelle Form umzusetzen, für relativ gering hält.

46 TRACHSLER 15; TROLLER 387; OG Zürich in Mitt. 1985, 224 und in SJZ 68 (1972), 308ff. A.M. MAEDER 35ff., der sämtliche Photos für schutzbar hält, und KIRCHGRABER 24. Ähnlich wie in der Schweiz ist die rechtliche Situation in Deutschland, wo zwischen Lichtbildern und Lichtbildwerken unterschieden wird (allerdings mit gleicher Schutzdauer für beide Kategorien); vgl. dazu ULMER 151ff.

- der technische Anteil: sämtliche technischen Hilfsmittel und Verfahren, welche zur Verwirklichung der Aufnahme dienen (Kamera, Optik, Labor, Licht, Effekte usw.),
- der inhaltliche Anteil, das Motiv (konkret bei Werbephotos z.B. das anzupreisende Produkt, eine Person, die das Produkt präsentiert oder darüber eine Aussage vermittelt, oder aber ein anderer, produkteunabhängiger Bildinhalt, der eine bestimmte Atmosphäre für die Produktwerbung schaffen soll),
- der Anteil "Sicht des Photographen", d.h. die Art und Weise, wie der Photograph das Motiv umgesetzt hat (Pose, Umfeld, Ausdruck, Idee der Präsentation, Realisierung der zugrunde liegenden Idee).

bb) Von diesen Elementen sind die folgenden für die Unterscheidung zwischen einfachen Photographien und Werken der Photographie nicht oder mindestens nicht von entscheidender Bedeutung:

- Die technische Qualität der Aufnahme(47). Gerade die hohe technische Perfektion der meisten Werbephotos darf nicht dazu verleiten, ihnen nur aus diesem Grund den urheberrechtlichen Schutz zu gewähren.
- Der Aufwand oder die Mühe, unter der ein Bild zustandekam(48).
- Die "Qualität" des Motivs an sich, soweit es in der Natur vorhanden ist oder war(49). Auch eine Photographie, die

47 Ebenso: TROLLER 387.

48 Ebenso: KUMMER 209.

49 Vgl. auch Art. 16 URG, der ausdrücklich die Aufnahme desselben Motivs unter den gleichen Verhältnissen erlaubt, auch wenn ein Urheberrecht an einer Photographie dieses Motivs schon besteht.

ein absolut einmaliges Ereignis festhält oder an einem aussergewöhnlichen Ort (z.B. im Weltraum) aufgenommen wurde, ist nicht schon wegen dieser Art von Einmaligkeit geschützt. Ebensowenig hat derjenige Photograph Anspruch auf Urheberrecht, der durch eine neuartige Technik ein Bild erstmals aufnehmen oder ein Motiv überhaupt für das menschliche Auge sichtbar machen konnte. Solche Bilder, die wegen ihres Ueberraschungseffekts oder ihres hohen Beachtungsgrades manchmal auch für die Werbung eingesetzt werden, sind zwar anfänglich statistisch einmalig, weisen aber normalerweise keine eigenpersönliche Prägung auf. Nicht das Dargestellte, sondern die Art und Weise der Darstellung macht die Individualität aus(50).

cc) Die folgenden Faktoren können dagegen auf die Entstehung eines Werkes der Photographie einen entscheidenden Einfluss haben:

- Lichtführung, Wahl des Aufnahmestandortes, des Ausschnittes und der Perspektive, spezielles Arrangieren eines Motivs in seinem Umfeld können eine individuelle Photographie entstehen lassen(51). Daher können auch Abbildungen von an sich belanglosen Motiven (z.B. Produkteabbildungen) Werkcharakter erlangen, sofern sie das Motiv in einer neuartigen, individuellen Sicht zeigen. Ähnliches gilt, wenn bekannte Sachverhalte oder alltägliche Situationen in neue Zusammenhänge, die eine eigenständige Sehweise verraten, gestellt werden.
- Eine Bildidee (z.B. die zugrunde liegende Werbeidee) kann einer Photographie Werkcharakter verleihen, sofern sie im Bild erkennbar ist und sich in adäquater Form niederge-

50 Ebenso DUPERTUIS 106; LUTZ 183; ROETHLISBERGER 265; ULMER 151.

51 Vgl. auch DESSEMONTET, Publicité, 3, der für ein Werk der Photographie "un certain caractère d'originalité dans leur exécution, qu'on ne confondra pas avec l'exotisme relatif du sujet ou du décor" verlangt. Ähnlich TROLLER 387.

geschlagen hat(52). Die Uebernahme der Bildidee einer geschützten Photographie kann aber nur dann verurteilt werden, wenn sie auch in ihrer konkreten Gestaltung übernommen wird.

- Gewisse Spezialtechniken (z.B. Filter, Reduktion auf Grauwerte oder auf Hell/Dunkel, spezielle Lichteffekte, besondere Farbzusammensetzung) können zur Individualität einer Aufnahme beitragen. Für sich allein verhelfen sie aber einem belanglosen Bild nicht zu Werkcharakter.

Zusammenfassend kann festgehalten werden: je grösser der Anteil "Sicht des Photographen", d.h. je mehr der Photograph die Wirklichkeit nach seiner Sicht interpretiert, desto grösser ist die Möglichkeit, dass ein Werk, eine Photographie von eigenartigem Gepräge entsteht. Fehlt es an einer solchen Interpretation oder eigenständigen Sehweise oder ist eine solche kaum vorhanden(53), so handelt es sich um eine blosser Ablichtung der Realität, die - mag sie auch noch so sensationell oder technisch perfekt sein - nach Urheberrecht keinen Schutz finden kann(54).

52 Vgl. auch OG Zürich, SJZ 68 (1972), 308ff., wo festgestellt wird, dass nur ein Photo, das sich durch die Verkörperung eines eigenständigen schöpferischen Gedankens auszeichne, geschützt sei. Ebenso OG Zürich, ZR 71 (1972), 104ff. In vielen Fällen wird die Bildidee nicht beim Photographen selbst liegen; dieser setzt oft die Idee nur um. Hier ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass ein Werk der Photographie nicht schon automatisch dadurch entsteht, dass im Bild eine originelle, lustige Situation (wie in der Werbung häufig zu finden) dargestellt wird. Ein solcher Bildwitz kann zwar neu und originell sein, hat aber für das Urheberrecht keine Bedeutung, sofern nicht die photographische Ausführung eine genügende Gestaltungshöhe erreicht.

53 Jede Photographie ist bis zu einem gewissen Grad subjektiv gefärbt.

54 Vgl. die Urteile des OG Zürich in Mitt. 1985, 225 (Ablehnung des urheberrechtlichen Schutzes für die Photographie eines "Managertyps", da weder im Gesicht noch in der Haltung des abgebildeten Modells, noch in der Wahl des Bildausschnittes, der Proportionen, des Aufnahmewinkels oder der graphischen Gestaltung etwas Besonderes zum Ausdruck komme), in ZR 71 (1972), 288ff. (Ablehnung des Schutzes für eine rein technische Aufnahme von Fotomodellen für Werbezwecke), in SJZ 68 (1972), 308ff. (Ablehnung des Schutzes für eine Ablichtung von Schlagersängern vor dem Bundeshaus) und in ZR 71 (1972), 104ff.

Nach den vorher aufgeführten Kriterien wird die Möglichkeit, dass ein Werk der Photographie geschaffen wird, grösser sein bei Plakaten, Anzeigen usw., wo ein relativ grosser Gestaltungsspielraum besteht. Weniger gross ist dagegen die Möglichkeit bei Prospekten oder Katalogen, wo oftmals blosser Produkteabbildungen, die sich kaum schützen lassen, dominieren. Es entsteht daher die unbefriedigende Situation, dass solche Kataloge und Prospekte, die oft unter sehr grossem Aufwand entstanden, aus urheberrechtlicher Sicht bedenkenlos übernommen werden können, was gerade bei der Photographie technisch auf höchst einfache Weise erfolgen kann. Diesem unbefriedigenden Zustand will der Entwurf für ein neues UWG ein Ende setzen, indem ein Leistungsschutz eingeführt werden soll, der die Uebernahme des Arbeitsergebnisses eines anderen nur dann gestattet, wenn die Uebernahme mittels eines ähnlich grossen Aufwands erfolgt(55).

II. Werbegraphik

1. Allgemeines

Die Werbegraphik gehört zu den klassischen Bereichen der Werbung und wurde wohl seit es überhaupt Werbung gibt eingesetzt. Noch universeller verwendbar als die Photographie, werden graphische Gestaltungen in praktisch sämtlichen Werbeformen eingesetzt. Das Spektrum des werbegraphischen Schaffens reicht von einfachen Mustern über Signete, Symbole und Schriftzüge bis zu künstlerischen, inhaltlich und formal

55 Vgl. Art. 5 EUWG und hinten 165f.

hochwertigen Plakaten oder sonstigen Werken(56). Diesen Werken ist wohl zu verdanken, dass gegen die Anerkennung der Gebrauchsgraphik als Kunstform niemals ein solcher Widerstand vorhanden war wie bei der Photographie. Die Möglichkeit, Gebrauchsgraphik als Werke der Kunst anzusehen, wird denn auch in Rechtsprechung und Lehre ohne weiteres anerkannt(57). Die Werbung bedient sich gerne der künstlerischen Gestaltung, da diese geeignet ist, das ästhetische Empfinden des Konsumenten anzusprechen(58).

Wegen der Vielzahl verschiedener Werbemittel, in denen Graphik eingesetzt wird, werden im folgenden einzelne Ausdrucksformen gesondert auf ihre Schutzwürdigkeit hin untersucht.

2. Plakate, Anzeigen

Der Gestaltungsspielraum für den Anzeigen- oder Plakatentwerfer ist sehr gross. Entsprechend ist bei diesen Werbemitteln die Möglichkeit am grössten, Werke der Kunst im Sinne des URG zu schaffen(59).

Banale Zeichnungen, schematische Produkteabbildungen, serienmässige Verwendung bekannter Formen oder einfacher Grundformen (Kreis, Quadrat usw.) verhelfen noch nicht zum Schutz. Ebenso wie bei der Photographie zählen auch hier

56 Viele anerkannte Künstler verdienten ihr Geld anfänglich mit Werbegraphik (z.B. Andy Warhol, Toulouse-Lautrec); Beispiele für hervorragende graphische Arbeiten bei HENRION, F.H.K.: Top Graphic Design, Zürich 1983.

57 Bsp.: BGE 99 IV 50ff., wo die urheberrechtliche Schutzfähigkeit einer Banknote als völlig selbstverständlich anerkannt wurde; BGE 57 I 62. KUMMER 220; TROLLER 384.

58 Ebenso RUTGERS 37.

59 Vom BGER schon im Entscheid 57 I 68 anerkannt.

eine spezielle Technik, ein grosser Arbeitsaufwand oder die graphisch-technische Perfektion nicht zu den für die Schützbarkeit beachtenswerten Kriterien. Auch der Effekt (im kommerziellen Sinn), d.h. die Werbewirksamkeit, kann höchstens ein Indiz für die Schutzfähigkeit sein, da normalerweise originelle, eigenartige Werbung eher auffällt als belanglose(60).

Dagegen können ein erkennbarer, eigenständiger Stil eines Graphikers, die formal "richtige" Umsetzung einer eigenständigen Idee, eines Inhalts, die Reduktion komplexer Darstellungen auf das Wesentliche, ganz allgemein die Erkennbarkeit neuartigen graphischen Schaffens, Kriterien sein für die Annahme eines Rechtsschutzes.

Ein ähnlich grosser Gestaltungsspielraum wie bei den Plakaten ist bei der graphischen Gestaltung von Schallplattenhüllen und Werbekalendern gegeben.

3. Versandmaterial, Kataloge, Prospekte

Je nach Art der Gestaltung wird bei der Beurteilung der Schutzfähigkeit solcher Werbemittel entweder dem Text- oder aber dem Bildteil mehr Bedeutung zukommen. Wichtig ist, dass ein Katalog oder Prospekt nur dann in seiner Gesamtheit urheberrechtlich geschützt ist, wenn durch das Zusammenwirken der verschiedenen Teile ein einheitlicher, eigenartiger Gesamteindruck entsteht, der eine eigenständige Idee vermittelt. Ist dies nicht der Fall, so sind nur die jeweiligen Textteile oder Abbildungen geschützt, welche Werkqualität aufweisen; der Katalog oder der Prospekt als solcher bleiben dagegen ungeschützt. Dies gilt grundsätzlich für alle Werbedrucksachen, welche Text und Bild vereinen und insofern eine Kombination von einzelnen Teilen darstellen.

60 A.A. offenbar SCHAEFFER 27.

Der Gestaltungsspielraum bei solchem Werbematerial ist kleiner als bei Plakaten, da sich der Graphiker hier an sehr viele verschiedene Vorgaben (Format, Material, Zahl der abzubildenden Gegenstände, übersichtliche Aufteilung usw.) halten muss. In einzelnen Fällen kann aber trotzdem ein graphisch interessant oder neuartig gestalteter Katalog oder Prospekt in seiner gesamten Gestaltung den urheberrechtlichen Schutz erlangen. Diese Gestaltung kann sich z.B. im speziellen Format, in einer besonderen Anordnung des Wort-/Bildteils, in der Bezugnahme der einzelnen Teile aufeinander oder in einer eigenartigen Handhabung zeigen(61).

Die Individualität kann u.U. auch in der speziellen Auswahl des Text- und des Bildmaterials aus einer Vielzahl von verschiedenen Möglichkeiten liegen(62).

3. Marken, Signete, Schrifttypen

Grundsätzlich können auch eingetragene Marken zusätzlich Urheberrechtsschutz genießen(63). Bei Wortmarken wird, bedingt durch deren notwendige Kürze, die nötige Gestaltungshöhe kaum einmal erfüllt sein(64). Bei Bildmarken, Signeten oder Etiketten kann ein Werk der Kunst entstehen, wenn es der Graphiker versteht, in der nötigen knappen Form, also mit wenigen Strichen oder Farben, eine originelle Zeichnung zu

61 In BGE 57 I 62ff. wurde ein Katalog geschützt, der das Aussehen und die Form (!) einer originell gestalteten Herrenfigur hatte. Vgl. auch das Beispiel bei SCHMIDT 73: Werbeprospekt in Form einer aufklappbaren Unterhose. Als Beispiel können auch manche Ausstellungskataloge und -prospekte gelten, welche von Künstlern für ihre eigene Ausstellung entworfen wurden. Auch KIRCHGRABER 23 erwähnt insbesondere Kataloge von Kunsthandlungen, Museen usw. Die Tatsache, dass in einem Katalog Werke der Kunst abgebildet sind, darf aber nicht dazu verleiten, ohne weiteres auch den ganzen Katalog als ein Werk anzusehen.

62 Bsp.: Programmheft eines Theaterstückes, das Auszüge in Wort und Bild enthält, daneben biographische und historische Fakten. Vgl. KUMMER 43ff., insbes. 46 (er spricht von "Individualität kraft Auswahl").

63 BGE 57 I 62ff.; Appellationshof des Kt. Bern, GRUR Int. 1980, 535ff. ("John Player Special"); SCHLUEP 234; TROLLER 384 Anm. 114.

64 Näheres dazu hinten 106.

machen oder ein Motiv auf eigenartige Weise umzusetzen. Doch gerade die geforderte Einprägsamkeit solcher Signete, die auch bei flüchtiger Betrachtung und auf Distanz wirken müssen, erlaubt es oft nicht, die nötige Individualität zu erreichen(65).

Bei Schrifttypen ist es kaum noch möglich, individuelle, eigenartige oder überhaupt neue Schriften zu entwickeln, da einerseits die Grundform weitgehend festgelegt ist (Lesbarkeit) und anderseits bereits eine Unzahl von Schriften entwickelt wurde, die schon Gemeingut sind(66). Trotzdem kann u.U. ganz speziellen Schriftzügen im Einzelfall genügend Individualität zukommen (z.B. "Coca-Cola"-Schriftzug).

5. Werbefiguren

Auf die Bedeutung von Figuren für die Werbung wurde bereits hingewiesen, ebenso auf den nur unzureichenden Schutz durch das Markenrecht(67). Gerade die oftmals universelle Verwendbarkeit von Werbefiguren für verschiedenartigste Produkte oder Dienstleistungen ruft nach einem ebenso universellen Schutz gegen Nachahmung und unerlaubte Verwendung. Der Schutz muss überdies für eine möglichst lange Dauer sein, da eine gut kreierte Werbefigur oft als Symbol und Leitmotiv für bestimmte Waren, Dienstleistungen oder ganze Unternehmen über einen längeren Zeitraum genutzt werden soll. Als ideales Schutzgesetz kann hier einzig und allein das URG angesehen werden.

65 Vgl. dazu die Ausführungen von KUMMER 50 über die Schutzzfähigkeit eines Geschäftssignetes.

66 KUMMER 95; TROLLER 383; Appellationshof des Kt. Bern, GRUR Int. 1980, 535ff. ("John Player Special").

67 Vgl. vorne 44.

Grundsätzlich nicht schutzfähig sind Figuren, die nicht über ein übliches, aus reinen Zeichen des Gemeingutes bestehendes Schema hinausgehen (Strichmännchen, Gesichter, die nur mit wenigen Punkten und Strichen dargestellt sind) oder die übliche Typen ohne nähere Individualisierung und Ausgestaltung darstellen(68). Solchen Figuren fehlt die eigenpersönliche Prägung.

Grundsätzlich nimmt die statistische Möglichkeit, Individuelles zu schaffen, zu, je mehr Linien und Schattierungen gebraucht werden. Andererseits können aber auch durch sehr sparsame Verwendung von Linien einzigartige und unverwechselbare Figuren geschaffen werden (z.B. die Walt-Disney-Figuren "Donald Duck" und "Mickey-Mouse")(69).

Der Schutz umfasst jeweils nur diejenigen Elemente der Figur, die eine Neuschöpfung darstellen(70).

Mangelnder gestalterischer oder graphischer Gehalt einer Figur kann nicht durch sprachliche Zusätze oder Umschreibungen oder durch eine originelle Namensgebung ausgeglichen werden. Eine solche Charakterisierung einer Figur durch erklärenden Text würde auf einen Schutz des Typs oder Charakters hinauslaufen, was urheberrechtlich nicht vertretbar wäre. Geschützt ist nur immer die konkrete bildliche Aus-

68 DAVID, Werbefigur, 37; in BGE 106 II 74. wurde der Urheberrechtsschutz für Kasperle-Köpfe verneint, da diese "zur Hauptsache eine Kombination von gängigen, für bestimmte Charaktere allgemein als typisch erachteten Gesichtsmarkmalen" darstellen würden; vgl. auch die Ausführungen des OG Zurich in Mitt. 1971, 225ff. über die Schutzfähigkeit einer Engelsfigur.

69 BGE 77 II 377ff. ("Mickey-Mouse"); als Gegenbeispiel können die japanischen Zeichentricksfiguren gelten, die sich an elektronischen Computer-Rastern orientieren und daher immer gleiche oder ähnliche Gesichter und Mimik haben. Vgl. auch die Beispiele bei DAVID, Werbefigur, 37.

70 BGE 57 I 71.

gestaltung und nicht der darin verkörperte Typ oder Charakter(71). Der Schutz erstreckt sich aber immerhin auf die Masse aller möglichen Einzelbilder(72), ebenso auch auf Skizzen und Vorentwürfe.

Der Name einer Figur kann grundsätzlich urheberrechtlich schutzfähig sein. Da er aber aus sich selbst heraus genügend originell sein muss und nicht nur in seiner Beziehung zur Figur, wird dies selten der Fall sein. Die Möglichkeit, ein Werk zu schaffen, ist sehr klein, da der gestalterische Spielraum meist zu eng ist(73) und sehr viele Namen ähnlich klingen wie schon gebräuchliche Namen(74).

III. Werbefilme

1. Allgemeines

Werbefilme sind im Fernsehen, in Kinos, an Produktenausstellungen, Messen usw. zu sehen. Mit dem Aufkommen der Videotechnik(75) ist der Werbefilm aber auch in die Verkaufsräume (Reisebüros, Warenhäuser etc.) gelangt, so dass direkt am Orte des Verkaufs geworben werden kann.

71 Vgl. OG Zürich, SJZ 45 (1949), 204: Bei der Figur von Alfred Rasser wurden seine Gestik und Mimik als schützbar erachtet, nicht aber die Idee des senilen Professors, der ulkige Vorlesungen über aktuelle Themen hält. Ebenso wenig ist schützbar z.B. die Idee, Tiergestalten zu vermenschlichen: BGE 77 II 380 ("Mickey-Mouse"). Vgl. auch BGE 85 II 120ff. ("Sherlock Holmes"). KUMMER 60 weist darauf hin, dass der Typenschutz (welcher dem Urheberrecht wesensfremd sei) nicht damit zu verwechseln sei, dass eine Figur, die in unzähligen Posen dargestellt werde, einen erweiterten Schutz genieße, also gegenüber allen ähnlichen Figuren in irgendeiner Pose geschützt sei.

72 KUMMER 60.

73 BGE 77 II 380; KUMMER 82; PREISS 189.

74 BGE 85 II 123.

75 Diese ist als ein mit der Kinematographie verwandtes Verfahren im Sinne von Art. 1 Abs. 1 URG anzusehen.

Auch mit der Zulassung privater Fernsehstationen wird die Bedeutung des Films in der Werbung zunehmen. Interessant ist die neuere Entwicklung auf dem Gebiet der Musik-Verkaufsförderung, wo die sog. "Video-Clips" als Werbeträger und -mittel für die Musik oder für eine bestimmte Gruppe eingesetzt werden und heute wesentlich über Erfolg oder Nichterfolg entscheiden. In solchen Filmen ist oft ein hohes Mass an Kreativität erkennbar. Mit dem Aufkommen dieser "Video-Clips" hat sich im Bereich der Pop- und Unterhaltungsmusik eine grundsätzliche Wandlung vollzogen, die dahingeht, dass sich die Musik allein kaum noch verkaufen lässt.

Die Länge eines Werbefilms kann sehr unterschiedlich sein. Die Palette reicht vom kurz eingeblendeten TV-Spot bis zum längeren Kinowerbefilm und weiter bis zu den langen Public-Relations-Filmen von Grossunternehmen(76). Schon aus werbemässigen Gründen sind künstlerisch und qualitativ hochwertige Werbespots anzustreben, da diese einen hohen Beachtungsgrad und Erinnerungswert versprechen(77).

2. Schutzbereich

Art. 1 Abs. 3 URG erwähnt die Filme speziell als schütz-
bare Werke. Auch bei den Filmen ist zwischen geschützten und
ungeschützten Darstellungen zu unterscheiden(78). Anwendbar

76 Bei diesen langen Filmen, die dazu dienen, ein Unternehmen in der Öffentlichkeit möglichst positiv darzustellen, wird der klassische Bereich der Werbung aber schon verlassen. Eine weitere (fragwürdige) Form der Werbung besteht darin, dass in Spielfilme, die im Kino gezeigt werden, einzelne Produkteabbildungen eingeblendet werden, die nicht mehr bewusst von Auge wahrgenommen werden können, aber unbewusst auf den Zuschauer wirken.

77 BAETTIG 43.

78 In Deutschland wird unterschieden zwischen Laufbildern und Film-
werken, doch werden diese weitgehend gleich behandelt; vgl. dazu
FROMM/NORDEMAN N 15 zu § 2 URG und ULMER 155f. CHRIST 10f. lehnt
eine solche Unterscheidung ab und dehnt den Schutz auf alle Filme
aus.

sind wiederum die allgemeinen Grundsätze über die Werksqualität. Nach diesen allgemeinen Grundsätzen wären beispielsweise folgende Werbefilme kaum geschützt: Filme, welche mit statischer Kamera einen Werbesprecher zeigen, der ohne eigenartige Gestik oder Mimik ein Produkt anpreist; die filmische Aufnahme eines Produktes oder eines Ausstellungsraumes ohne irgendwelche Effekte oder Verfremdungen; ganz allgemein also realitätsgetreue, dokumentarische Ablichtungen von Gegenständen oder Handlungsabläufen ohne spezielle Einflussnahme eines am Film Beteiligten (Regisseur, Kameramann, Schauspieler usw.).

Im allgemeinen wird jedoch bei Filmen generell(79) und daher auch bei Werbefilmen urheberrechtliche Schutzfähigkeit sehr rasch erreicht(80). Dies rührt daher, dass beim Film sehr viele verschiedene Variationsmöglichkeiten bestehen(81), die einen sehr grossen Gestaltungsspielraum zulassen. Zusätzlich zu den bei der Photographie erwähnten Gestaltungsmöglichkeiten (Lichtführung, Perspektive usw.) kommt das Element der Bewegung, die Schnittechnik, der Einfluss der Schauspieler usw. dazu. So kann bei einem Film noch weniger als bei der Photographie von einer objektiven Abbildung der Realität gesprochen werden, da der Einfluss subjektiver Elemente praktisch nicht vermeidbar ist(82).

79 Vgl. BGE 74 II 106ff.; behandelt wird hier aber v.a. das Recht des Komponisten der Filmmusik.

80 CHRIST 11; DUPERTUIS 108; HUBMANN 109 hält Werbefilme für schutzfähig; MAEDER 35 macht die Schutzfähigkeit eines Filmes davon abhängig, ob durch die eigenartige Auswahl und Anordnung des naturgegebenen Stoffes eine eigentümliche Schöpfung entstand.

81 KUMMER 165 hält den Film für die "weitaus wichtigste Kombination ungleicher Ausdrucksmittel".

82 Aus diesem Grund sind auch fast alle Dokumentarfilme, abgesehen von den banalsten "Abfilmungen", subjektiv geprägt und schöpferisch und stellen daher in den meisten Fällen ein Filmwerk dar. Ebenso WEHRLIN 311.

Eine originelle Werbeidee kann zwar in ihrer Konkretisierung einem technisch oder gestalterisch belanglosen Film zum Schutz verhelfen, dagegen kann nicht über den Schutz des Filmes die dahinterstehende Idee monopolisiert werden. Wer daher die Idee eines Werbefilmes übernimmt, diese aber formal völlig verschieden umsetzt (andere Beleuchtung, Dynamik, Schauspieler usw.), verletzt das URG nicht. Gerade bei Werbefilmen ist diese zugrunde liegende Idee (Drehbuch-Idee) oft sehr entscheidend für den Erfolg. Da der Film sehr viele Variationsmöglichkeiten in der äusseren Gestaltung bietet, ist es ein leichtes, die Idee zu übernehmen und sie formal anders zu gestalten. In diesem Fall bietet das URG keinen zureichenden Schutz; unter Umständen kann dagegen ausnahmsweise das UWG zur Anwendung kommen.

Film und Filmmusik sind zwar getrennt zu beurteilen, doch kann selbstverständlich die Musik (sowie auch der gesprochene Text und die Geräusche) zur Individualität eines Films wesentlich beitragen(83).

IV. Waren- und Verpackungsgestaltungen

Auf den Werbewert von attraktiv (im Sinne von anziehend, werbend) gestalteten Produkte- oder Verpackungsgestaltungen wurde schon hingewiesen(84). Auch das Urheberrecht kann u.U. gegen das Kopieren oder Nachahmen von eigentümlichen Formen Schutz bieten. Dabei steht weder in Frage, ob die Form oder

83 Ebenso CHRIST 14f., der die akustischen Beiträge sowohl als Teil des Gesamtwerkes als auch als isolierte Beiträge betrachtet. Ähnlich ist die Situation in Deutschland, wo die individuelle Gestaltung des Textes die Laufbilder zum Filmwerk machen kann, da der Tonfilm als Einheit von Bild und Ton angesehen wird: FROMM/NORDEMANN N 1 zu § 95 URG.

84 Vgl. vorne 65. Als "Form" wird jeweils die reine Warenform ohne Verzierung, Bemalung usw. verstanden; unter den Begriff "Gestaltung" fällt dagegen das ganze Aeussere eines Gegenstandes.

die Gestaltung kennzeichnungsfähig ist, noch ob sie hauptsächlich gebrauchsortorientiert oder aber ästhetisch bestimmt ist; der Verwendungszweck spielt also grundsätzlich keine Rolle. Einzig massgebliches Kriterium ist auch hier wiederum, ob eine Form das notwendige Mass an urheberrechtlicher Eigenart aufweise und sich damit genügend vom Gemeingut abhebe, oder - wie es das BGR formuliert - ob es eine neue Form und nicht nur eine Variation schon bestehender Formen sei(85).

Grundsätzlich steht auch die automatisierte, von Maschinen getätigte und von Computern gesteuerte Massenproduktion vieler moderner Güter einem URG-Schutz nicht entgegen, solange das Modell für die entsprechende Form von menschlicher Tätigkeit geprägt wurde(86).

Zweckgebundenheit, Zwang zu rationalisierter und automatisierter Produktion, rechnerunterstütztes Design usw. erschweren jedoch die Schaffung einer eigenständigen schöpferischen Form im Normalfall ganz erheblich, da der Gestaltungsspielraum nur noch sehr klein bleibt(87). Für einen urheberrechtlichen Schutz kommen daher eher Gegenstände in Frage, welche

- individuell gefertigt werden und sich daher nicht an Normen, die von einer Maschine vorgegeben sind, halten müssen,
- nicht als einzig wesentliches Kriterium den Gebrauchszweck haben (wie z.B. Maschinen und Maschinenteile),

85 BGE 105 II 300.

86 Dies gilt auch für Formen, die mit Hilfe des Computers gezeichnet wurden (CAD); der Computer bleibt immer blosses Hilfsmittel; anders der aleatorisch gesteuerte Computer, wie ihn KUMMER 184ff. erwähnt.

87 TROLLER 382; ähnlich REINHART 184.

- nicht durch den Gebrauchszweck fast vollständig vorgegeben sind(88),
- eine grosszügige Preiskalkulation erlauben.

Als Beispiele können genannt werden:

- Dekorations- und Ziergegenstände(89),
- Schmuck(90),
- Spielzeug(91),
- Waren, die an keine besondere Form gebunden sind (amorphe Waren: Seife, Schokolade usw.) und daher relativ beliebig geformt werden können (z.B. in Form von Osterhasen),
- Parfumflacons, Schmuckdosen,
- Möbel(92), Lampen und sonstige Einrichtungsgegenstände (hier ist der Schutz schon eher erschwert),

88 Die Form einer Schallplatte, einer Glühbirne, eines Autoreifens, Fussballs, Skis usw. ist durch den Gebrauchszweck praktisch vollkommen festgelegt. Werden Schallplatten graphisch eigenartig gestaltet (sog. "Picture-discs"), so kann dieser graphischen Gestaltung Schutz zukommen, niemals aber der reinen Form der Scheibe.

89 Z.B. eine gestickte Tischdecke: BGE 76 II 97ff.

90 Vgl. dazu ENGLERT, C.: Wie ist Schmuck gegen Nachmachen und Nachahmungen zu schützen?, Mitt. 1981, 20ff.

91 Z.B. Schachfiguren, Puppen, Kasperle-Figuren. Zum letzteren vgl. BGE 106 II 71ff., wo der Schutz von Kasperleköpfen im konkreten Fall verneint wurde, da die Kopfformen durch "vorbekannte Merkmale" geprägt seien. Zur Frage, wann einem Spielzeug Modell- und wann Urheberrechtsschutz zukommt, vgl. KUMMER 219f.

92 BGE 68 II 61: Modell für ein Buffet; der URG-Schutz wurde im konkreten Fall abgelehnt. Vgl. auch die Stilbeispiele bei GARNER, P.: Möbel des 20. Jahrhunderts, München 1980.

- Modeartikel im allgemeinen(93), speziell Kleidermodelle (94),
- Uhren(95),
- Besteckmodelle(96).

Die vorliegenden Beispiele dürfen nicht zur Meinung führen, dass es besondere Kategorien von Gegenständen gibt, deren Form urheberrechtlich schützbar ist. Grundsätzlich besteht die Möglichkeit des Urheberrechtsschutzes bei allen Formen, entscheidend ist nur, wie gross der Gestaltungsspielraum war und wie weit dieser Spielraum ausgenutzt wurde.

Viele dieser Gegenstände und Formen können auch als Modelle nach MMG geschützt werden. Ist dies der Fall, so ist zu beachten, dass das BGer eher einen strengeren Massstab als bei anderen Werken der Kunst anlegt(97).

93 Diese werden nicht gekauft, weil sie "brauchbar, bequem und billig, sondern weil sie gerade Mode sind": KUMMER, ZBJV 116 (1980), 54.

94 TROLLER 383.

95 Die Schützbarkeit wurde in BGE 105 II 300f. grundsätzlich anerkannt, aber im konkreten Fall verneint.

96 Die Schutzmöglichkeit wurde in BGE 75 II 363 grundsätzlich bejaht, aber im konkreten Fall verneint, da die Gestaltung "ornamental nahe-liegend" und weitgehend durch den Gebrauchszweck bedingt sei.

97 Ebenso Appellationshof des Kt. Bern, GRUR Int. 1980, 537. TROLLER 380ff. hält dies jedoch nur für einen falschen Eindruck, den das BGer erwecke; in BGE 105 II 297 heisst es denn auch nur (mit Hinweis auf BGE 68 II 61), dass im Zweifel Modellschutz und nicht URG-Schutz anzunehmen sei. Zur Abgrenzung zwischen Modell- und Urheberrechts-schutz vgl. auch ausführlich TROLLER, Beziehungen, 7ff., sowie LUTZ 179ff., mit zahlreichen angeführten Entscheidungen des BGer.

V. Sprachliche Gestaltungen

1. Längere Werbetexte

Je länger ein Werbetext (in Katalogen, Prospekten, Inseraten, Werbesongs, Werbefilmen usw.) (98) ist, desto grösser ist rein statistisch die Möglichkeit, ein einmaliges Werk Literatur zu schaffen.

Hier zeigt sich jedoch die Unvollständigkeit des KUMMERschen Kriteriums der "statistischen Einmaligkeit" (99): Eine seitenlange Produktebeschreibung oder Gebrauchsanweisung ist zwar sehr wohl statistisch einmalig, da wegen der Vielzahl der Worte kaum ein genau gleicher Text von einer anderen Person geschrieben würde. Ein URG-Schutz rechtfertigt sich aber keineswegs, da in einem solchen Text kein eigenständiger Gedanke oder eine schöpferische Idee zum Ausdruck kommt (100). Dennoch kann generell gesagt werden, dass bei längeren Werbetexten die Möglichkeit, dass ein Werk der Literatur entsteht, grösser ist als bei kurzen Texten oder Sätzen (101). Es ist daher zu fragen, ob neben der statistischen Einmaligkeit noch andere Kriterien erfüllt sind, so z.B. ob im betreffenden Text

- eine schöpferische Idee, ein eigenständiger Gedanke ausgedrückt wird,
- Wortspiele oder Anspielungen verarbeitet sind,
- Reimformen, Rhythmen usw. verwendet werden,
- ein eigenständiger, unverwechselbarer Stil erkennbar ist.

98 RUTGERS 28 erwähnt speziell auch Reklamegedichte; er gesteht den Prospekten "meistens" Schriftwerkcharakter zu und hält einen Schutz auch von Preislisten für möglich, sofern deren Anordnung, Gestaltung usw. speziell sei.

99 KUMMER 40ff.

100 Vgl. OG Zürich, Mitt. 1980, 191 (Werbebrief).

101 Ebenso: REINHART 579.

Texte, die nicht das Produkt selber anpreisen, sondern eine gewisse Atmosphäre, ein spezielles Produkteimage aufbauen sollen, können eher frei gestaltet werden und sind eher schutzfähig.

Die bloße Aneinanderreihung einschlägiger Werbeworte (super, toll) oder sonstige Anpreisungen aller Art führen dagegen selten zu einem eigenständigen Text, da solche Texte hinlänglich bekannt sind und das Reservoir an solchen Worten und Formulierungen relativ beschränkt ist.

Werbewirksamkeit und hoher Beachtungsgrad eines Werbetextes können Indizien für die Originalität sein, da gute Texte aus der Masse der banalen oder sachlichen Werbetexte herausragen(102).

Da heute vielfach entscheidend mehr Gewicht der optischen (graphischen oder photographischen) Gestaltung zukommt, beschränkt sich der sprachliche Anteil oft nur noch auf kurze Headlines, Slogans oder aber nüchterne technische Daten. Generell kann gesagt werden, dass die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von längeren Werbetexten früher sehr viel wichtiger war, da der sprachlichen Werbung viel mehr Gewicht zukam als heute, wo die Werbung primär vom Bild dominiert wird.

2. Slogans

Werbesprüche oder Slogans gehören dank ihrer universellen Einsatzmöglichkeiten und ihrer Einprägsamkeit auch heute noch zu den wichtigsten Werbemitteln(103).

102 Vgl. aber TROLLER (Bd. I, 2. Aufl. 1968) 473: "Werbe- und Kennzeichnungsfähigkeit tragen zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit nichts bei. Die sprachliche Originalität ist zu ermitteln."

103 Zum Wert und zur Bedeutung des Slogans für die Werbung vgl. TRAUB 187. Zur Schutzfähigkeit des Slogans nach MSchG vgl. vorne 27ff.

Die wesensmässige, notwendige Kürze eines Slogans macht es einerseits schwierig, statistische Einmaligkeit zu erlangen, und der Gestaltungsspielraum ist kleiner als bei längeren Werbetexten. Andererseits zwingt gerade diese notwendige Kürze zu einer Beschränkung und damit oft zu einer Verdichtung der Aussage. Der Vergleich zwischen einem Prosastück und einem Gedicht mag sich - wenigstens was die sprachliche Verdichtung betrifft - hier aufdrängen. Mehr als in einem längeren Text sind bei einem Slogan geistige Arbeit und originelle Ideen notwendig¹⁰⁴, soll sich der Spruch aus der Masse geläufiger Formulierungen herausheben. Ebenso wichtig erscheint auch die Form, in der diese Idee zum Ausdruck kommt. Diese Form kann im Rhythmus oder in einem Reim bestehen, sie kann sich aber auch in anderer Weise zeigen (z.B. in Klang oder Wortwahl).

Vereint ein Slogan in sich eine eigenständige geistige Idee und eine adäquate äussere Form, so kann ohne weiteres eine eigenartige Geistesschöpfung entstehen und urheberrechtliche Schutzfähigkeit angenommen werden.

Der urheberrechtliche Schutz von Slogans wird denn auch vom Grundsatz her in der Literatur mehrheitlich befürwortet¹⁰⁵. KUMMER weist richtigerweise darauf hin, dass ein Slogan nicht nur in Verbindung zum beworbenen Produkt Originalität aufweisen darf, sondern auch völlig losgelöst von der Warenanpreisung Individualität ausdrücken muss¹⁰⁶.

104 TROLLER, Kurzlehrbuch, 80 verlangt eine Aussage, welche nicht nur eine gebräuchliche Redewendung, die dem Sprachvorrat entnommen oder in naheliegender Weise variiert wurde, darstelle.

105 ARQUINT 79ff.; DAVID 87; DUPERTUIS 100; REINHART, Urheberrecht und Werbung, 579. TROLLER 374 verlangt eine individuelle Gestaltung und einen individuellen Gehalt. In Deutschland wurde z.B. der Spruch geschützt: "Biegsam wie ein Frühlingsfalter bin ich im Forma Büstenhalter" (OLG Köln, GRUR 1934, 758f.).

106 KUMMER 86.

Es liegt eine ähnliche Situation vor wie beim Titel eines Werkes oder dem Namen einer Figur. Auch diese müssen für sich allein ein Werk sein und nicht nur durch ihre Verbindung oder Anspielung auf die bezeichnete Sache. Viele Slogans, die von solchen überraschenden, ungewohnten Gedankenverbindungen zur Ware leben, sind daher nicht schon wegen dieser Art von Originalität geschützt.

Kein Hinderungsgrund liegt dagegen dann vor, wenn der Slogan nur zusammen mit der integrierten Marke die geforderte Eigenart aufweist, da die Marke in diesem Fall Bestandteil des Werkes ist.

Eine zu weit gehende Auffassung vertritt m.E. ARQUINT, der den URG-Schutz schon dann gewähren will, wenn entweder nur die innere oder nur die äussere Form oder auch nur der Grundgedanke originell ist. Gestützt auf diese Ansicht, gesteht er sehr vielen Slogans URG-Schutz zu, die kaum über belanglose, im allgemeinen Sprachgebrauch verhaftete Formulierungen hinausgehen oder überhaupt keinen eigenständigen Gedanken verkörpern(107).

Auf die Werbewirksamkeit eines Slogans kommt grundsätzlich nichts an, denn auch ein einfacher, belangloser Spruch kann durch umfangreiche Werbung dem Konsumenten "eingehämmert" werden und zieht dann seine Werbekraft aus dem hohen Erinnerungswert.

Aehnlich wie Slogans sind auch Headlines (Schlagzeilen, Überschriften) in Inseraten und auf Plakaten zu beurteilen.

Grundsätzlich ist bei allen diesen kurzen und wenn möglich einprägsamen Formulierungen der Werbesprache oft fraglich, ob sie Urheberrechtsschutz beanspruchen können. In vielen Fällen wird man auch bei einer toleranten Auslegung des

107 ARQUINT 77ff. Bsp.: "Der Tag beginnt mit Talismalt" (erwähnt bei ARQUINT 82). Die Eigenart liegt höchstens formal in der Alliteration; ein eigenständiger Gedanke ist jedoch nicht zu erkennen, die Verbindung eines Frühstücksgetränkes mit dem beginnenden Tag ist völlig naheliegend und belanglos. Ähnlich wie ARQUINT auch RUTGERS 28, der die Eigenart in der Form genügen lässt.

Gesetzes nicht mehr von einem Werk der Literatur sprechen können. Es wurde daher schon gefordert, solche Slogans in anderer Weise zu schützen, beispielsweise in einem Leistungsschutzgesetz(108). Die Problematik eines solchen Schutzes liegt jedoch darin, dass hinter einem Slogan u.U. ein längerer Denkprozess steht, der aber kaum sichtbar oder greifbar wird, da er sich nur in einer kurzen Formulierung niederschlägt oder im Ueberraschungseffekt, in der Idee einer bestimmten Verbindung zum Produkt, die neu und ungewohnt ist, besteht. Ein Schutz vor direkter Uebernahme (Kopieren, Vervielfältigen usw.), wie er im Entwurf zum UWG vorgesehen ist(109), bringt daher keine richtige Verbesserung des Schutzes solcher Formulierungen. Als mögliche Lösung wäre dagegen eine Registrierung solcher Formulierungen denkbar - ähnlich der Markenregistrierung, jedoch mit kürzerer Schutzdauer. Auch hier müssten jedoch Beschränkungen der Eintragungsmöglichkeit vorgesehen sein (kein Gemeingut, keine Beschreibungen usw.). Eine kurze Schutzdauer würde - entsprechend dem kurzlebigen Charakter vieler Werbesprüche - genügen; Formulierungen, die über einen längeren Zeitpunkt beibehalten werden, könnten während dieser Schutzdauer Verkehrsgeltung entwickeln und wären dann als Ausstattung wenigstens gegenüber den Konkurrenten geschützt. Der Vorteil eines solchen Registers würde auch darin bestehen, dass es vorerst im Sinne einer Selbstkontrolle von den privaten Verbänden der Werbewirtschaft auf freiwilliger Basis eingeführt und so auf seine Praktikabilität hin geprüft werden könnte.

108 Für das deutsche Recht vgl. auch TRAUB 187ff.: Er fordert de lege ferenda einen Leistungsschutz in dem Sinne, dass die in einem Slogan zum Ausdruck kommende "werbepsychologische Leistung" geschützt werden könnte.

109 Art. 5 EUWG; vgl. dazu hinten 165f.

3. Titel

Buch- und Filmtitel können eine sehr ausgeprägte Reklame- und Werbefunktion haben. Ein gut gewählter, ansprechender oder faszinierender Titel kann oft über Erfolg oder Nichterfolg eines Buches oder eines Spielfilms entscheiden. Entsprechende Bedeutung wird denn auch von den Verlegern und Filmverleihern der Wahl eines Titels beigemessen. So verstanden müssen auch Titel als Werbemittel angesehen werden(110), und die Frage nach ihrem Schutz drängt sich auf. Sieht man von einigen extremen Ausnahmen ab, wo der Titel schon beinahe einen selbständigen Text bildet(111), sind Buch- und Filmtitel, schon aus Gründen der Einprägsamkeit, eher kurz. Diese Kürze erschwert das Zustandekommen eines urheberrechtlichen Werkes der Literatur(112). Dazu kommt, dass mangelnde Individualität eines Titels nicht durch die Individualität des Buches oder Filmes ersetzt werden kann. Der Titel muss völlig aus sich selbst heraus wirken, nicht nur als ein Werkteil(113) oder durch die Bezugnahme auf den Inhalt des Werks. Grundsätzlich ist jedoch die Möglichkeit zu bejahen, dass Titel Werke der Literatur sein können(114). In Frage kommen wohl in erster Linie Roman- oder Spielfilmtitel, sofern sie einen eigenen Ideen- oder Gedankeninhalt ausdrücken(115), kaum einmal aber Zeitungs- oder Zeitschriftentitel(116).

In allen anderen Fällen, in denen ein Titel keine individuellen Gedanken verkörpert und keine eigenartige äussere Gestaltung aufweist, kommen höchstens UWG-Schutz (wegen Verwechslungsgefahr) oder Markenschutz in Frage(117).

110 Ebenso RUTGERS 30.

111 Z.B. gewisse Titel von Peter Weiss, Heinrich Böll, Peter Handke.

112 Der Schutz wurde denn auch überwiegend abgelehnt, vgl. BGE 77 II 380, 64 II 112 und VON BUEREN N 39 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG.

113 TROLLER 378; KUMMER 84ff.; BGE 77 II 382.

114 TROLLER 378; in BGE 64 II 111ff. wurde dies grundsätzlich bejaht.

115 Bsp.: "Die unerträgliche Leichtigkeit des Seins"; vgl. auch die Beispiele bei KUMMER 84, der nur in ganz besonderen Fällen einen Buchtitel als schutzwürdig erachtet.

116 Vgl. BGE 81 III 123, 64 II 112ff.

117 VON STEIGER, Titelschutz, 88.

4. Einzelworte

Gerade die Werbesprache erweist sich als sehr kreativ, wenn es um die Neuschöpfung von Worten geht. Solche Neologismen (lexikalische Neuschöpfungen) dienen dazu, Aufmerksamkeit zu erwecken oder ein damit bezeichnetes Produkt künstlich aufzuwerten(118). Als Beispiele mögen gelten: atmungsaktiv, knitterarm, gefriergetrocknet, frischwärts, reinweichen(119). Viele solche Worte gehen schon nach kurzer Zeit in die Alltagssprache über, andere verschwinden dagegen wieder völlig.

Der Urheber solcher Neuschöpfungen hat natürlich ein Interesse daran, diese Worte möglichst lange für sich allein zu beanspruchen. Ein Urheberrecht an solchen Worten kann er jedoch kaum geltend machen. KUMMER weist richtigerweise darauf hin, dass jede lebende Sprache immer wieder durch solche Neuschöpfungen ergänzt wird und dass diese Worte daher als Grundelemente der Sprache freibleiben müssen(120). Auch wird es in den meisten Fällen unmöglich sein, in einem Einzelwort eine eigenständige Idee auszudrücken, da der Gestaltungsspielraum (ähnlich wie bei Wortmarken, Namen oder sehr kurzen Titeln) zu klein ist. Der urheberrechtliche Werkbegriff würde wohl überstrapaziert, wollte man Einzelworte als Werke der Literatur einstufen(121).

118 Werbung II 994.

119 Weitere Beispiele bei: Hartwig, H.: Werbetextgestaltung, München 1978.

120 KUMMER 81; unrichtig ist dagegen m.E. KUMMERS unterschiedliche Beurteilung der Schutzzfähigkeit von Zweiergruppen. Gerade die deutsche Sprache kann nicht nach der Anzahl der Worte analysiert werden, sondern muss in die Anzahl Elemente, die unabhängig voneinander bestehen könnten, aufgeteilt werden, da sie wie keine andere Sprache von der Möglichkeit des Zusammensetzens lebt.

121 Im deutschen Recht können Anagramme (Wortumbildungen, z.B. Leib - Blei) geschützt werden: FROMM/NORDEMANN N 10 zu § 2 URG; GRUR 1971, 368/370.

Schutz kann dagegen das eigenartige, graphische Erscheinungsbild eines Wortes oder sogar eines einzelnen Buchstabens finden, doch geht es dabei um die Beurteilung eines Werkes der Kunst(122).

VI. Schaufensterdekorationen

Schaufensterdekorationen haben die Aufgabe, die Aufmerksamkeit des Publikums auf die ausgestellten Waren zu lenken, die Kunden zum Betreten des Geschäftes zu animieren oder auch das betreffende Geschäft von anderen zu unterscheiden, zu kennzeichnen(123). Die Werbewirkung der Schaufensterauslage ist sehr direkt, da sie unmittelbar am Ort des Verkaufs liegt.

Grundsätzlich steht der Annahme nichts entgegen, dass auch eine Schaufenstergestaltung als Werk der Kunst im Sinne des URG gelten kann(124). Die geistige Idee hat sich hier in der Anordnung der Gegenstände, in ihrer Beziehung zueinander und in einer geschlossenen, eigenständigen Gestaltung zu zeigen(125). Dabei ist nicht zu berücksichtigen, ob die Auslage gefällig oder ansprechend wirkt, sondern ob ihr ein erkennbares Konzept, eine innere Ordnung zugrunde liegt.

Vergleichbar sind Schaufensterdekorationen mit Bühnenbildern und Werken der Innenarchitektur. Sie können daher auch als Werke der Baukunst (Art. 1 Abs. 3 URG) angesehen wer-

122 Vgl. KUMMER 95 und Appellationshof des Kt. Bern, GRUR Int. 1980, 535 ("John Player Special"; Schutz in casu abgelehnt für ein aus drei Buchstaben zusammengesetztes Signet).

123 Beispiele für anspruchsvolle Schaufensterdekorationen finden sich in: International Window Display, Stuttgart 1966.

124 Ebenso HESS 27; KIRCHGRABER 24; TROLLER 495.

125 Ähnlich HESS 25, der die Schaufenstergestaltung als Zusammenschluss beweglicher Sachen zu einer Gesamtwirkung ansieht und daher den Schutz auch aus Art. 3 URG ableitet.

den(126). Da sich der Schaufensterdekorateur, im Gegensatz etwa zum Innenarchitekten, kaum an praktische oder sicherheitsbedingte Massstäbe halten muss, hat er eine erheblich grössere Gestaltungsfreiheit, also einen weiten Raum, um Individualität auszudrücken.

Für die Zuerkennung des urheberrechtlichen Schutzes genügt es selbstverständlich nicht, wenn einzelne schutzfähige Gegenstände in der Auslage verwendet werden, denn die Werksqualität muss sich in der Gesamtanordnung zeigen.

VII. Musik

Musik wird normalerweise zur Ergänzung und Untermalung von Werbe- und Radiospots eingesetzt, um diesen zusätzliche Attraktivität und Beachtung zu verleihen. Kurze Tonfolgen und Erkennungsmelodien eignen sich auch hervorragend zur Kennzeichnung der Werbung eines bestimmten Unternehmens, so dass das Publikum schon aufgrund weniger Töne darauf schliessen kann, aus welchem Unternehmen beispielsweise ein Werbespot im Kino oder Fernsehen stammt. In gewissen Ladenlokalen, vor allem in Warenhäusern, werden die Kunden permanent mit kaum hörbarer Hintergrundmusik berieselt, die nach psychologischen Kriterien zusammengestellt wird und die Kauflust der Konsumenten steigern soll. Der Musik kommt daher als Werbemittel eine grosse Bedeutung zu(127).

126 Vgl. BGE 100 II 167ff., wo der Schutz einer Ladeneinrichtung anerkannt wurde. Das OG Zürich, ZR 70 (1971), 205ff. bejahte die Schutzfähigkeit eines Ausstellungsstandes.

127 Zur Bedeutung der Musik für die Werbung vgl. WUESTHOFF, K.; Die Rolle der Musik in der Film-, Funk- und Fernsehwerbung, Berlin 1978. RUTGERS 32f. erachtet die Musik für die Werbung nicht als relevant, da sie zur Kennzeichnung ungeeignet sei.

Die Regeln, welche allgemein für die Beurteilung der Schutzzfähigkeit musikalischer Kompositionen gelten, können grundsätzlich auch auf Werbemelodien angewendet werden. Melodien, die zur Untermalung eines Werbefilmes verwendet werden, können losgelöst vom Film, selbständig, auf ihre Qualifikation als Werk untersucht werden(128). Gerade bei der Beurteilung von Werbemelodien (oder auch bei einer gemeinschaftlichen Beurteilung von Liedtext und Melodie) ist zu beachten, dass auch Melodien und/oder Songtexte, die jedem traditionellen Kunstverständnis widersprechen oder aber völlig banal sind, bei genügender Individualität grundsätzlich schutzfähig sind(129). Auf den künstlerischen Wert kommt es nicht an. KUMMER hält "jede Kombination von Tönen, die keiner anderen Komponistenphantasie zufällig genau gleich entspringen könnte", für schützbar(130).

Für die Frage, ob auch Erkennungssignete, sogenannte "auditive Zeichen"(131), als urheberrechtliche Werke geschützt werden können, ist es wichtig zu wissen, wie kurz eine Tonfolge sein darf, um noch ein Werk darzustellen. Dies lässt sich nicht allgemein beantworten, sondern ist im Einzelfall zu untersuchen. Jedenfalls besteht auch bei sehr kurzen Tonfolgen die Möglichkeit, ein Werk der Kunst zu

128 BGE 74 II 106.

129 TROLLER, Kurzlehrbuch, 75: "Jegliches Tongebilde kann als Musik gelten; der Jurist kann individuelle Prägung verlangen." Vgl. auch DUPERTUIS 101 und SCHENK 41f.

130 KUMMER 141.

131 TROLLER 340.

schaffen, sofern es dem Komponisten gelingt, darin genügend Individualität auszudrücken(132).

Schwieriger zu lösen als die Frage der grundsätzlichen Schutzzfähigkeit einer Melodie oder eines Motivs ist das Problem, wann eine Tonfolge die Nachahmung einer anderen ist und wann ihr selbständiger Charakter zukommt, wann sie also als freie Melodienbenutzung im Sinne von Art. 15 URG anzusehen ist. Die rechtliche Qualifikation muss sich hier weitgehend auf die Ansicht musikalischer Sachverständiger abstützen; eine genauere Untersuchung dieses Problems würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen(133).

- 132 Der Schutz kurzer Tonfolgen wird auch in der Lehre überwiegend bejaht: KUMMER 141 hält schon sehr kurze Folgen für schutzbar, da die Strukturmöglichkeiten schon bei einem Motiv unerschöpflich seien. REINHART 163 ist auch dafür, ULMER 142 befürwortet den Schutz kurzer militärischer Signale; SCHMIDT 79 hält ebenfalls das Motiv für die kleinste geschützte Einheit. Dagegen ist KUMMER 141 zuzustimmen, der die Grenze gegen unten bei den Zusammenklängen von Tönen, also bei nicht zeitlich gestaffelten Tonkombinationen, z.B. Akkorden, setzt. Diese seien nicht mehr schutzzfähig, da sie zum freibleibenden Tonmaterial gehörten.
- 133 Das HG St. Gallen, Mitt. 1985, 235f., führte zu dieser Problematik aus: "Solange die Melodie deutlich erkennbar bleibt, verlässt die Neuschöpfung im Umfang ihrer Verwendung nicht den Bereich der Bearbeitung und gelangt daher nicht zum selbständigen Werk. Als selbständiges Werk kann ein neues Werk nur gelten, wenn darin die übernommene Melodie bloss kurz vorkommt." Gerade im Bereich der Unterhaltungsmusik komme dies aber selten vor, da sich hier die Improvisationen regelmässig möglichst nahe an das Original anlehnen würden. Zur Abgrenzung zwischen den verschiedenen Formen der Entlehnung aus musikwissenschaftlicher Sicht (insbesondere zur grundlegenden Unterscheidung zwischen Stileinfluss, Ausklang, Verarbeitung einerseits und Plagiat andererseits sowie der Problematik des Zitats in der Musik) vgl. die subtilen Ausführungen bei: VON NOÉ, G.: Die Musik kommt mir äusserst bekannt vor: Wege und Abwege der Entlehnung, Wien/München 1985. Vgl. auch ROETHLISBERGER, Ernst: Das Plagiat, ZSR N.F. 36 (1917), 131ff. Zur Benützung einer Melodie vgl. TROLLER 706ff. Ein Beispiel für eine Analyse zweier ähnlicher Musikstücke auf die Verletzung von Urheberrechten hin findet sich in einem Urteil des BGH in GRUR 1981, 267ff.

§ 11. Grundlagen

Wettbewerb und Werbung hängen eng zusammen. Oft entscheidet nicht das bessere Angebot, sondern die bessere Werbung über Erfolg oder Misserfolg am Markt⁽¹⁾. Damit diese grosse Wirkung der Werbung nicht missbräuchlich ausgenutzt wird, enthält das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 1. März 1945 (UWG) eine Reihe von Bestimmungen, die vornehmlich einen Schutz vor missbräuchlicher Werbung zum Ziel haben. Das UWG will aber nicht nur Konsumenten und Konkurrenten vor unlauterer Werbung schützen, sondern bietet umgekehrt auch für die Werbung selbst einen weitreichenden Schutz. Einerseits ergänzt das Wettbewerbsrecht verschiedene spezialrechtliche Bestimmungen, welche für den Schutz der Werbung von Bedeutung sind, anderseits bietet es für viele Werbemittel einen selbständigen Schutz gegen Nachahmung.

Das geltende UWG befindet sich gegenwärtig in Revision⁽²⁾. Auf Aenderungen, welche für die vorliegende Arbeit von Bedeutung sind, wird jeweils am betreffenden Ort hingewiesen werden.

I. Unlauteres Verhalten

Im Gegensatz zu den vorgängig behandelten Spezialgesetzen wird im UWG nicht ein bestimmtes, genau definiertes Rechtsobjekt geschützt. Vielmehr ist es ganz allgemein das Ziel des Gesetzes, den Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs

1 Vgl. VON BUEREN N 22 zur Einleitung.

2 Vgl. die Botschaft zum EUWG vom 18. Mai 1983, in: BB1. 1983 II, 1009ff.

durch Mittel, welche gegen Treu und Glauben verstossen, zu

durch Mittel, welche gegen Treu und Glauben verstossen, zu verhindern (Art. 1 Abs. 1 UWG). Welche Mittel gegen Treu und Glauben verstossen, wird beispielhaft in verschiedenen Spezialtatbeständen näher umschrieben (Art. 1 Abs. 2 UWG). Die Generalklausel (Art. 1 Abs. 1 UWG) erfasst im Sinne einer Auffangnorm Tatbestände, die nicht speziell geregelt sind, aber dennoch nach den allgemeinen Grundsätzen als wettbewerbswidrig und damit als unlauter anzusehen sind⁽³⁾. Die Aufzählung der Spezialtatbestände ist also keineswegs abschliessend. Dennoch stützten sich die Entscheidungen der Gerichte in der Mehrzahl der Fälle auf die Spezialtatbestände ab, da diese die tatsächlichen Voraussetzungen klarer umschreiben und dadurch direkter anwendbar sind⁽⁴⁾. In neueren Entscheidungen griff das BGer wieder vermehrt auf die Generalklausel zurück oder prüfte zumindest deren Anwendbarkeit⁽⁵⁾.

- 3 Das BGer bezeichnete als unlauter im Sinne des Gesetzes die Verwendung von Mitteln, die bestimmt oder geeignet sind, ohne entsprechende eigene Leistung andere im Wettbewerb auszuschliessen, oder dem eigenen Angebot einen ungerechtfertigten Vorteil zu sichern (BGE 72 II 394). Dieses sogenannte Leistungsprinzip (vgl. dazu VON BUEREN N 22ff. zur Einleitung) wurde in einem jüngeren Entscheid (BGE 107 II 283) als untaugliches Kriterium für die Abgrenzung erlaubter von unerlaubten Wettbewerbshandlungen abgelehnt. Im gleichen Entscheid wurde auf eine nähere Umschreibung der Generalklausel verzichtet, da diese nach Wort und Sinn hinreichend klar sei (a.a.O. 281). Auch der EUWG geht nicht mehr vom Leistungsprinzip aus, sondern rückt den funktionierenden Wettbewerb als Ordnungsprinzip des wirtschaftlichen Lebens in den Vordergrund: vgl. Botschaft zum EUWG, BBl. 1983 II, 1038f. und TROLLER 912f. Vgl. aber auch hinten 165f. (Leistungsschutz).
- 4 Zur früheren Praxis des BGer bezüglich des Verhältnisses von Generalklausel und Spezialtatbeständen vgl. STEYERT 52ff., der ein vermehrtes Zurückgreifen auf die Generalklausel fordert, sowie die Botschaft zum EUWG, BBl. 1983 II, 1019f.
- 5 BGE 108 II 331f., 104 II 333f., 102 II 294ff.; vgl. auch speziell die Ausführungen des BGer im Entscheid 107 II 281.

Der Entwurf zu einem neuen UWG behält das System einer Generalklausel in Verbindung mit Spezialtatbeständen bei, sieht jedoch in einem sogenannten Zweckartikel eine positive Umschreibung des Schutzobjektes vor: Geschützt werden soll der lautere und unverfälschte Wettbewerb (Art. 1 EUWG). Durch diese Hervorhebung des leitenden Grundgedankens im Gesetz soll unter anderem eine direktere Anwendbarkeit der Generalklausel (Art. 2 EUWG) ermöglicht werden(6).

Bei der Beurteilung einer Wettbewerbshandlung ist deren Gesamtcharakter zu würdigen(7). Oftmals ergibt sich die Unlauterkeit erst aus der Häufung oder Planmässigkeit von an sich erlaubten Einzelhandlungen. Unlauteres Verhalten setzt keinen bösen Glauben und auch kein Verschulden voraus, es genügt, wenn das Verhalten objektiv gegen Treu und Glauben verstösst(8). Für die Auslegung des zentralen Begriffs von Treu und Glauben können insbesondere auch Regeln aus benachbarten Rechtsgebieten wie Markenrecht, Urheberrecht usw. herangezogen werden. Sehr wichtig sind auch die Regeln und Usanzen, welche im betreffenden Wirtschaftszweig als richtig angesehen werden(9). Speziell zu erwähnen sind daher an dieser Stelle noch einmal die Grundsätze der Kommission zur Ueberwachung der Lauterkeit in der Werbung, insbesondere Grundsatz Nr. 10 sowie Art. 10 der IHK-Richtlinien. Diese Regeln können dank ihrer relativ grossen Verbreitung und ihrer ausgewogenen Formulierung als Richtlinien für faires Verhalten im Bereich der Werbung gelten(10).

6 Zur Bedeutung dieser Neuformulierung vgl. Botschaft, BBl. 1983 II, 1038f., 1042f. und 1059f.; DAVID, Wettbewerbsrecht, 5f.; TROLLER 907ff.

7 VON BUEREN N 8ff. zur Einleitung.

8 BGE 109 II 488 mit Hinweisen.

9 VON BUEREN N 13 f. zur Einleitung.

10 DAVID, Wettbewerbsrecht, 8. So wird auch in der Einleitung zu den IHK-Richtlinien für die Werbepraxis festgehalten, dass die Richtlinien neben der Selbstkontrolle auch dazu bestimmt seien, den Gerichten im Rahmen der jeweiligen nationalen Gesetze als Bezugsdokument zu dienen. Zur Beurteilung der Frage, was in der Werbebranche noch als lauterer Verhalten angesehen werden kann, vgl. auch LARESE 144, der darauf hinweist, dass die Werbung das ureigenste Feld des Wettbewerbs sei und daher in dieser Branche Empfindlichkeit nicht angebracht sei.

II. Wettbewerbsverhältnis

Das UWG kommt grundsätzlich nur dann zur Anwendung, wenn zwischen den beteiligten Parteien ein Wettbewerbsverhältnis besteht(11). Ein solches liegt dann vor, wenn die beteiligten Personen, welche eine auf Erwerb ausgerichtete Tätigkeit ausüben(12), sich mit ihrem Angebot an Waren oder Leistungen an den gleichen Abnehmerkreis wenden oder sich um den Erhalt von gleichartigen Leistungen vom selben Personenkreis bemühen(13). Im folgenden wird bei der Untersuchung des wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes grundsätzlich von einem bestehenden Wettbewerbsverhältnis zwischen den werbetreibenden Unternehmen ausgegangen. Ein Wettbewerbsverhältnis kann aber unter Umständen auch zwischen zwei Werbeagenturen angenommen werden. Damit könnte sich eine Werbeagentur gegenüber einer anderen Agentur, die ihre Arbeiten kopiert oder nachahmt, auf unlauteren Wettbewerb berufen(14). Geht man von einer solchen Parteienverteilung aus, so ergeben sich für den Schutz der Werbemittel erweiterte Möglichkeiten: Eine Werbeagentur kann gegen eine andere Agentur auch dann einschreiten, wenn diese z.B. ein Layout oder Slogans der ersten Agentur übernimmt und zur Werbung für gänzlich verschiedene

11 Am Erfordernis des Wettbewerbsverhältnisses wurde verschiedentlich Kritik geübt: KUMMER, Schutzgut, 24ff.; PFENNINGER 25ff. mit Hinweisen; STEYERT 144f. Vgl. auch vorne 58f. Der EUWG verzichtet weitgehend auf das Erfordernis des Wettbewerbsverhältnisses und erweitert sowohl den Kreis der Urheber von Wettbewerbsverstössen als auch der Klageberechtigten (Art. 9 EUWG). Vgl. dazu Botschaft zum EUWG, BBl. 1983 II, 1060 und 1074f.; DAVID, Wettbewerbsrecht, 74.

12 Das UWG regelt den wirtschaftlichen Wettbewerb.

13 Vgl. z.B. BGE 108 II 329, 98 IV 229, 92 II 300; TROLLER 915. Gemäss DAVID, Werberecht, 368 liegt ein Wettbewerbsverhältnis dann vor, "wenn die Tätigkeiten zweier Unternehmen sich in der Werbung um Kunden stören können".

14 Ähnlicher Gedanke bei DESSEMONDET, Publicité, 5.

Produkte einsetzt¹⁵), denn diesem Fall besteht ein Wettbewerbsverhältnis zwar nicht zwischen den werbetreibenden Unternehmen, wohl aber zwischen den Agenturen (beide bieten Werbung an).

§ 12. Ergänzung der Spezialgesetze

Das UWG bildet eine wichtige Ergänzung spezialgesetzlicher Bestimmungen und füllt, sofern ein Wettbewerbsverhältnis vorliegt, Lücken in diesen Gesetzen (URG, MSchG, MMG, Firmenrecht usw.) aus. Je nach Tatbestand kommt das UWG kumulativ, subsidiär oder ergänzend zur Anwendung. Dabei ist immer der Grundsatz zu beachten, dass bei Fehlen eines spezialrechtlichen Schutzes nicht automatisch das UWG herangezogen werden kann, sondern nur dann, wenn zusätzliche qualifizierende Umstände vorliegen, welche ein bestimmtes Verhalten als unlauter erscheinen lassen¹⁶). So stellt beispielsweise sogar die sklavische Nachahmung einer spezialrechtlich nicht geschützten Gestaltung nicht ohne weiteres unlauteren Wettbewerb dar, sondern nur dann, wenn besondere Umstände vorliegen¹⁷).

- 15 Eine solche Klage einer Werbeagentur gegen eine andere könnte sich aber höchstens auf die Generalklausel abstützen und käme daher nur in qualifizierten Fällen zur Anwendung. Für einen Schutz aus Art. 1 Abs. 2 lit.d UWG wäre eine verkehrsbekannte Beziehung der Werbemittel mit der ausführenden Agentur Voraussetzung, d.h. das Publikum müsste annehmen, dass die betreffende Werbung von der gleichen (wenn auch nicht namentlich bekannten) Agentur ausgehe, und in diesem Sinne die Herkunft der Werbemittel als solche verwechseln. Eine solche Situation wird aber kaum einmal vorliegen, denn das Publikum identifiziert eine Werbung höchstens mit dem werbetreibenden Unternehmen, nicht aber mit der Agentur, die meistens nur Branchenkennern bekannt ist.
- 16 Vgl. z.B. BGE 108 II 331f., 105 II 301, 95 II 198; DAVID, Wettbewerbsrecht, 8f. BAUMBACH/HEFERMEHL N 453 zu § 1 UWG verlangt speziell beim Schutz der Werbung besondere Vorsicht in der ergänzenden Anwendung des UWG, da die Gefahr der Monopolisierung blosser Werbeideen und -methoden gross sei.
- 17 Vgl. z.B. BGE 104 II 334. Zur sklavischen Nachahmung im allgemeinen vgl. auch SCHNEIDINGER 39ff.

Dem Wettbewerbsrecht kommt insbesondere für die Ergänzung des markenrechtlichen Schutzes eine grosse Bedeutung zu, denn "erst durch die kumulative Anwendung von MSchG und UWG erhält die schutzfähige Marke den vollen Schutz" (18).

1. Schutz der Marke bei Verwendung in der Werbung

Diese Ausdehnung des Markenschutzes ergibt sich entweder aus Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG oder aber direkt aus der Generalklausel. Voraussetzung ist das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den werbetreibenden Unternehmen; Warengleichartigkeit im Sinne von Art. 6 MSchG wird dagegen nicht gefordert. Zwei Tatbestände sind zu unterscheiden:

- Uebernimmt ein Konkurrent die Wort- oder Bildmarke eines anderen, oder ahmt er sie täuschend ähnlich nach, so schafft er durch die Verwendung dieser fremden Marke in seiner eigenen Werbung eine direkte Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG (19).

- Uebernimmt er dagegen ein anderes markenrechtlich geschütztes Werbemittel eines Konkurrenten - z.B. eine Werbefigur oder einen Slogan - für seine Werbung, gestaltet er

18 DAVID N 8 zur Einleitung.

19 Vgl. BGE 96 II 238 ("Valvoline"/"Havoline"), 93 II 432f. ("Burberrys"), 92 II 264ff. ("Sihl"/"Sihlbond") und 87 II 42f. ("Blick"/"Quick"), wo die Gefahr der Verwechslung beim Ausrufen der Marke (einer sehr alten Form von Werbung) erwähnt wird; HG Bern, ZBJV 100 (1964), 329ff. Bei einer engen Auslegung des Begriffs der Verwechslungsgefahr kann die Verwendung der Marke in der Werbung auch als Verwässerung angesehen und als unlauter im Sinne der Generalklausel beurteilt werden, da durch eine solche Verwendung allmählich die Kennzeichnungskraft der Marke aufgehoben wird: BGE 60 II 259; TROLLER 437f. Der VE MSchG steht eine Erweiterung des markenmässigen Gebrauchs vor, doch wird immer noch eine enge Verbindung mit den Waren oder Dienstleistungen verlangt. Vgl. dazu die Kritik bei TROLLER 283, der ausdrücklich auch den Schutz des Gebrauchs in der Werbung verlangt.

die eigentliche Marke aber völlig verschieden von derjenigen des Konkurrenten, so liegt keine eigentliche Verwechslungsgefahr mehr vor. Die Verwechslungsgefahr wird durch die anderslautende Marke ausgeschlossen, dagegen wird der Goodwill des fremden Werbemittels ungerechtfertigterweise ausgenutzt und seine Kennzeichnungskraft allmählich ausgehöhlt(20). Solche Fälle sind ohne weiteres als unlauter im Sinne der Generalklausel zu werten, denn allein schon die Tatsache, dass der Markeninhaber den Gebrauch seiner markenrechtlich geschützten Werbemittel in der Werbung eines anderen untersagt, begründet das unlautere Verhalten, da dem Markeninhaber ein Monopolrecht zusteht(21). Weitere qualifizierende Umstände müssen daher nicht geltend gemacht werden.

II. Schutz der Dienstleistungsmarke

Solange im MSchG nur Kennzeichen für Waren geschützt sind, werden die Dienstleistungsmarken auf der Grundlage von Art.1 Abs.2 lit.d UWG geschützt(22). Da Dienstleistungen nicht konkret fassbare Güter sind, kann der Schutzbereich, der Begriff des markenrechtlichen Gebrauchs, nicht so einfach definiert werden, wie bei den Warenkennzeichen. In Analogie zum wettbewerbsrechtlichen Schutz der Verwendung der Warenmarke auch ausserhalb der Ware oder Verpackung sollte sich der Schutz der Dienstleistungsmarke auch auf deren Verwendung in der Werbung, auf Geschäftspapieren usw. erstrecken.

20 Bsp.: Das markenrechtlich geschützte Reifenmännchen "Bibendum" von "Michelin" würde von einem anderen Reifenhersteller für seine Werbung verwendet. Die Verbekraft dieser bekannten Figur würde dadurch ausgenutzt, und mit der Zeit würde sich die Figur zu einem Allgemeinzeichen für Reifen entwickeln. (Markenrechtlich kann sich der Inhaber nicht dagegen wehren.)

21 TROLLER 437.

22 BGE 87 II 349; TROLLER 211f. und 342. Marken für Dienstleistungen an Waren (Veredelung, Reinigung usw.) werden als Marken eingetragen: vgl. DAVID, Suppl., 34 (N 6c zu Art. 1 MSchG). Vgl. auch MARBACH 17f.

III. Schutz der Marke bei Verwendung auf Werbeartikeln

Die Benutzung von Dritterzeugnissen für die Markenwerbung hat in jüngster Zeit sehr stark an Bedeutung gewonnen. Immer häufiger lassen Markeninhaber ihre Marken auf geeignete Waren (z.B. Feuerzeuge, Regenschirme, T-Shirts, Aschenbecher) applizieren, um damit Werbung für ihre Marke zu machen(23). Dabei handelt es sich keineswegs nur um beinahe wertlose Werbeartikel, sondern immer mehr auch um eigentlich selbstständige Waren(24). Der markenrechtliche Schutz für die Verwendung der Marke auf derartigen Werbeträgern ist ungenügend: In vielen Fällen lässt der Markeninhaber die Werbeartikel von einem Dritten fabrizieren und schliesst mit diesem einen Markenlizenzvertrag ab, ohne dass jedoch eine Gebrauchsüberlassung an den Lizenznehmer im Sinne von Art. 11 MSchG stattfinden würde(25). Eine blosser Kontrolle des Fabrikationsbetriebes durch den Markeninhaber genügt aber nur dann, wenn sie auch mit einer Qualitätskontrolle einhergeht(26). In den meisten Fällen wird es dem Markeninhaber daher nicht gelingen, seine Marke auch für die als Werbeträger benutzten Dritterzeugnisse schützen zu lassen(27). Aber auch wenn der Markeninhaber seine Werbeartikel selber herstellt, darf er für diese Warenkategorien seine Marke nicht eintragen lassen,

23 Vgl. die Tatbestände in GRUR Int. 1984, 541ff. (Entscheid des BGer vom 27. Sept. 1983, "John Player Special") und in GRUR Int. 1985, 132ff. ("John Player" Oesterreich). Die Wahl der Werbeträger ist dabei von entscheidender Bedeutung, damit das besondere Image einer Marke unterstrichen werden kann (vgl. MEYER 167).

24 MEYER 167 weist darauf hin, dass ein Ueberhandnehmen solcher Zusatzartikel, insbesondere wenn diese einen erheblichen wirtschaftlichen Wert darstellten, dem markenrechtlichen System widerspreche.

25 TROLLER, Kurzlehrbuch, 145; vgl. auch BGE 100 Ib 41ff., 79 II 221.

26 Das BAGE verlangt, dass der Markeninhaber zur Qualitätskontrolle persönlich in der Lage sein müsse. Bei Konzernunternehmen (verlangt wird eine enge wirtschaftliche Verbundenheit) ist die Hinterlegung möglich: BGE 84 IV 122f., 75 I 340.

27 Vgl. die Kritik an dieser Regelung bei TROLLER, Kurzlehrbuch, 56 und TROLLER, Wegkreuzung, 5, wo er die freie Uebertragbarkeit der Marke fordert, da die Bindung an das Unternehmen zu fiktiven Unternehmensübertragungen und Umgehungen führe.

da in den meisten Fällen keine markenmässige, sondern eine ausschliesslich werbemässige Verwendung vorliegen wird(28).

Ein anderer Hersteller solcher Dritterzeugnisse, die sich als Werbeträger eignen (z.B. ein Kleiderhersteller), kann deshalb das Zeichen des Markeninhabers ungehindert für seine eigenen Waren verwenden, ohne dessen Markenrechte zu verletzen. Die Gefahr solcher Markenübernahmen ist natürlich besonders gross bei bekannten und imageträchtigen Marken, von denen ein grosser Werbeeffect für die eigenen Produkte erwartet werden kann. Es entsteht dadurch die paradoxe Situation, dass der Inhaber einer solchen Marke deren Werbewert nicht ausnützen darf, dagegen ein anderer Hersteller diese Marke ungehindert übernehmen und sogar eintragen lassen kann. In einer solchen Situation werden nicht nur die Interessen des Markeninhabers tangiert, sondern ist auch die Gefahr der Täuschung der Konsumenten sehr gross, da es diesen nicht mehr gelingen wird, zwischen Werbeartikeln und selbständigen Waren zu unterscheiden(29).

Vom wirtschaftlichen Standpunkt und vor allem vom Standpunkt der Konsumenten aus gesehen, liegt aber zwischen dem Markeninhaber, der in eigener Regie oder unter eigener Kontrolle Werbeartikel mit seiner Marke versieht, und dem Dritten, der seine Marke übernommen hat, eindeutig ein Wettbewerbsverhältnis vor, denn in beiden Fällen wird die gleiche Ware mit der gleichen Markenaufschrift angeboten(30). Der Markeninhaber muss sich daher m.E. dem Dritten gegenüber auf Wettbewerbsrecht berufen können, sofern er Verwechslungs-

28 MARBACH 26. Dies kann sogar zu einer eigentlichen Benachteiligung der Inhaber solcher Marken führen: vgl. dazu MARBACH, E.: Anmerkung zum "John Player Special"-Urteil des BGer, GRUR Int. 1984, 543

29 Ebenso HG Bern, Mitt. 1980, 72. Vgl. vorne 32.

30 Selbstverständlich besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Markeninhaber und demjenigen, der diese Marke übernimmt: Der Markeninhaber benutzt die Waren als Werbeträger für seine Marke; der Markenbenützer verwendet dagegen die Marke zur Werbung für seine Waren. Aus der Sicht des Konsumenten handelt es sich jedoch in beiden Fällen um den gleichen Tatbestand (gleiche Ware, gleiche Marke).

gefahr (Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG) oder aber Irreführung und Täuschung des Publikums (Art. 1 Abs. 2 lit. b UWG) nachweisen kann(31). Je bekannter und häufiger die Werbeaktionen des Markeninhabers auf Dritterzeugnissen sind, desto eher wird eine solche Verwechslungs- oder Täuschungsgefahr bestehen(32).

IV. Weitere Ergänzungen des MSchG

Das UWG kann auch zur Anwendung kommen, wenn eine nicht eingetragene(33) oder ungültig eingetragene (nichtige) Marke verletzt wird und wenn eine Marke durch eine gleichlautende Firma(34) oder andere Bezeichnung verletzt wird.

- 31 Ebenso HG Bern, Mitt. 1980, 72 (Erw. 10). Im erwähnten "John Player Special"- Urteil des BGer, GRUR Int. 1984, 541ff. wurde die Frage offen gelassen, ob die Verwendung der betreffenden Marke durch eine Kleiderherstellerin auch nach UWG oder MSchG untersagt werden könnte (die Verurteilung erfolgte aufgrund von Art. 28/29 ZGB). Grundsätzlich wurde aber die Gefahr der Publikumstäuschung bejaht. Vgl. auch die Ausführungen des Obersten Gerichtshofes von Oesterreich in GRUR Int. 1985, 132 ("John Player"): "Erscheint der Firmenname (oder dessen prägender Bestandteil) auf einem branchenfremden Gegenstand nach Art eines Reklameaufdrucks für die Originalware, dann liegt eine Verwechslungsgefahr nahe; ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise wird nämlich annehmen, es handle sich um eine Werbung des Namensträgers oder jedenfalls um eine Werbung, die mit dessen Zustimmung und auf dessen Veranlassung erscheint."
- 32 Anders der Oberste Gerichtshof von Oesterreich im erwähnten "John Player"-Entscheid, GRUR Int. 1985, 134: Von der Klägerin wurde auf den Umstand hingewiesen, dass sie selber T-Shirts mit ihrem Markenzeichen für Werbeaktionen hergestellt habe und dass daher die Täuschungs- und Verwechslungsgefahr noch grösser sei. Der Oberste Gerichtshof mass diesem Umstand jedoch keine entscheidende Bedeutung bei.
- 33 BGE 83 IV 199.
- 34 HG St. Gallen, SJZ 64 (1968), 136ff.

§ 13. Ausstattungsschutz

I. Begriff der Ausstattung

Der Begriff der Ausstattung wird im Gesetz nirgends verwendet, er wurde vielmehr von Lehre und Rechtsprechung aus der deutschen Rechtssprache übernommen. Nach übereinstimmender Meinung bildet die rechtliche Grundlage für den Ausstattungsschutz das UWG, insbesondere Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG(35), weshalb für den Schutz der Ausstattung ein Wettbewerbsverhältnis vorausgesetzt ist. Uneinigkeit besteht dagegen über den Umfang des Begriffs der Ausstattung. Während das BGer den Begriff eng auslegt und unter Ausstattung nur die unterscheidungsfähige Form und Aufmachung der Ware oder ihrer Verpackung versteht(36), wird der Begriff in der Literatur von verschiedenen Autoren auf sämtliche visuell wahrnehmbaren Warenkennzeichen ausgeweitet(37). Nach dieser Auffassung können daher auch Kennzeichen ausserhalb von Ware oder Verpackung, insbesondere also auch die eigentlichen Werbemittel(38), Ausstattungsscharakter haben, sofern sie auf die Warenherkunft hinweisen. Dieser erweiterte Begriff der Ausstattung wird auch in der vorliegenden Arbeit verwendet, der Argumentation von TROLLER(39) folgend, dass eine Ueber-

35 VON BUEREN N 23 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG; JENE-BOLLAG 2; KOCH 12f.; PFENNINGER 24; TROLLER 433.

36 BGE 90 IV 172, 88 IV 80f., 79 II 319.

37 VON BUEREN N 23 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG; PFENNINGER 5; TROLLER 427f.; TROLLER, Kollisionen, 51f. DAVID, Werberecht, 69 rechnet auch Unternehmens- und Dienstleistungszeichen dazu; JENE-BOLLAG 23 schliesst auch akustische sowie Tast- und Geruchszeichen ein.

38 VON BUEREN N 23 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG erwähnt Schlagworte, Werbeverse, die Ausgestaltung von Prospekten, die typisierende Gestaltung von Reklamen; DAVID, Werberecht, 69 erwähnt Slogans, Prospekte, das Layout einer Reklame; TROLLER 428.

39 TROLLER 427; grundsätzlich handelt es sich allerdings nur um ein terminologisches Problem.

einstimmung mit der (durch das Gesetz gebundenen) deutschen Rechtsprache erzielt werden sollte. Zur Beurteilung der Schutzzfähigkeit werden im folgenden die verschiedenen Kennzeichnungs- und Werbemittel trotzdem gesondert behandelt, da sich teilweise verschiedene Kriterien der Beurteilung ergeben, je nachdem, wie eng das betreffende Kennzeichen mit der Ware verbunden ist.

II. Voraussetzungen des Ausstattungsschutzes

1. Kennzeichnungsfähigkeit

Damit die Form einer Ware, die Gestaltung ihrer Verpackung oder die Ausführung eines bestimmten Werbemittels überhaupt als Individualzeichen angesehen werden kann, muss objektiv eine gewisse Eignung zur Kennzeichnung gegeben sein. Nur dann kann die betreffende Ausstattung die Hauptaufgabe der Unterscheidung bestimmter Waren von anderen Produkten erfüllen. Dies setzt zunächst rein begrifflich voraus, dass die Ausstattung nicht die Ware selbst ausmacht, sondern etwas zum Wesen der Ware Hinzutretendes ist, denn die Ware selbst kann nicht ihr eigenes Kennzeichen sein⁽⁴⁰⁾. Körperliche Trennbarkeit ist aber selbstverständlich nicht erforderlich, denn vielfach ist es ja gerade ein Teil der äusseren, fest mit der Ware verbundenen Gestaltung, der die Ware kennzeichnet.

Neben dieser Unabhängigkeit vom eigentlichen Wesen der Ware setzt die Kennzeichnungsfähigkeit voraus, dass die Ausstattung eine gewisse minimale Eigenart⁽⁴¹⁾ aufweist. Grund-

40 VON BUEREN N 24 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG; DIETZE 319f.; JENEBOLLAG 3f. und 44; PFENNINGER 6.

41 Zur Umschreibung dieser im Wettbewerbsrecht geforderten Eigenart im deutschen Recht vgl. den Aufsatz von SAMBUC, Th.: Die Eigenart der "wettbewerblichen Eigenart", GRUR 1986, 130ff. (mit zahlreichen Literaturhinweisen und einer Analyse auch der aktuellen Rechtsprechung zu diesem Thema).

sätzlich gelten die gleichen Kriterien wie im Markenrecht(42). Demnach sind Ausstattungen als nicht schutzfähig anzusehen, welche

- bloss eine geläufige Kombination von Zeichen des Gemeingutes (z.B. Grundformen und -farben) darstellen(43),
- als Freizeichen oder Beschaffenheitsangaben anzusehen sind,
- üblich oder typisch für die damit ausgestatteten Waren sind, d.h. von verschiedenen Herstellern üblicherweise für diese Warenkategorien verwendet werden(44).

2. Freie Wählbarkeit

Eine Ausstattung ist dann frei wählbar, wenn sie nicht durch technische, funktionale oder ästhetische Gesichtspunkte vorgegeben ist. Beruht die Verwechselbarkeit zweier Erzeugnisse beispielsweise nur darauf, dass die technische Konstruktion, die zwangsläufig zu einer bestimmten Form führt, übernommen wurde, so kann dies wettbewerbsrechtlich nicht beanstandet werden(45). Technisch-funktionale Elemente, die nicht absolut zwingend vorgegeben sind, können dagegen unter Umständen Ausstattungsschutz beanspruchen, sofern sie

42 TROLLER 426.

43 BGE 108 II 74 mit Hinweisen. Schutz kann u.U. dann erreicht werden, wenn die Kombination solcher Grundelemente eigenartig ist und dadurch der Ware die nötige Unterscheidungskraft verleiht. Ebenso kann bei genügend hoher Verkehrsgeltung Schutz erlangt werden, sofern wenigstens minimal eine gewisse Eigenartigkeit des Zeichens vorliegt (vgl. dazu hinten 125f.).

44 BGE 108 II 73, 103 II 215; HG St. Gallen, Mitt 1980, 64f. (braune Kehrriechsäcke). Beispiel: Die Abbildung einer Sonne oder einer sonnigen Meer- oder Berglandschaft ist als Kennzeichen für ein bestimmtes Bräunungsmittel völlig ungeeignet, da eine solche Darstellung üblich und zudem in bezug auf Bräunungsmittel als Gemeingut anzusehen ist.

45 BGE 104 II 328, 79 II 319.

sich zum Kennzeichen einer bestimmten Ware eines bestimmten Herstellers entwickelt haben. In diesem Fall hat ein Konkurrent seine Ware, soweit es ihm zumutbar ist, leicht geändert in Verkehr zu bringen, um eine Verwechslungsgefahr zu vermeiden(46).

Aehnlich ist die Situation bei der ästhetischen Ausstattung. Sie darf normalerweise aus ästhetischen Gründen übernommen werden, denn es ist den Konkurrenten nicht zuzumuten, dass sie eine hässliche oder veraltete, also nicht marktgerechte Ausstattung wählen(47). Jedermann darf also grundsätzlich die gefälligste oder am besten verkäufliche Ausstattung wählen. Ist eine solche Ausstattung jedoch zugleich schon kennzeichnend für die Ware eines bestimmten Betriebes, so ist sie abzuändern, sofern und soweit dies zumutbar ist(48).

3. Originalität oder Verkehrsgeltung

Ausstattungsschutz ist primär Schutz vor Verwechslungen (Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG). Verwechselt werden kann nur etwas, das man schon kennt. Eine Ausstattung muss daher in diesem Sinne bekannt sein, will sich ihr Inhaber gegen Nachahmungen zur Wehr setzen. Bekanntheit bei einem grösseren Personenkreis kann tendenziell schneller erreicht werden, wenn sich eine Ausgestaltung besonders stark vom Ueblichen abhebt, da sie einen höheren Aufmerksamkeitsgrad und grössere

45 BGE 104 II 328, 79 II 319.

46 In BGE 83 II 158 wurde z.B. ein finanzieller Mehraufwand von 5% als zumutbar angesehen, um eine Verwechslungsgefahr zu beseitigen. Als besonders krasse Ausbeutung einer fremden Leistung bezeichnete das BGer die sklavische Nachahmung einer Ware, die wegen ihrer Neuheit grossen Absatz findet und sich daher als Kennzeichen im Verkehr sehr rasch durchsetzt und es aber sehr viele andere Gestaltungsmöglichkeiten gäbe (108 II 75). Vgl. auch PFENNINGER 66 und TROLLER 440f. und hinten 132ff.

47 BGE 104 II 332, 103 II 301; PFENNINGER 69, TROLLER 443.

48 BGE 108 II 74, 104 II 332, 103 II 216 und hinten 136.

Erinnerbarkeit aufweist, als eine Ausgestaltung, die kaum über das Uebliche, Gewohnte hinausgeht(49).

Das BGer formuliert daher für den Schutz der Ausstattung zwei alternative Voraussetzungen: Originalität oder Verkehrsgeltung(50). Demnach ist eine originelle Ausstattung schon wegen ihrer Originalität geschützt, eine nicht originelle Ausstattung erlangt dagegen den Schutz erst dann, wenn nachgewiesen ist, dass sie vom Verkehr als Kennzeichen der Ware aufgefasst wird. An dieser unterschiedlichen Behandlung der originellen und der nicht originellen Ausstattung durch das BGer wurde in der Literatur verschiedentlich Kritik geäußert(51). Geht man jedoch nicht ganz so weit wie das BGer, das eine originelle Ausstattung bereits von Anfang an schützt, sondern verlangt man auch bei einer sehr originellen Ausstattung nach Inverkehrsetzung eine minimale Verkehrsgeltung, so ist diese Unterscheidung gerechtfertigt. Demnach ist bei einem Maximum an Originalität(52) ein Minimum an Ver-

49 Bei angenommener gleicher Streuung und gleichem Werbeaufwand.

50 BGE 70 II 110, 69 II 295; vorübergehende Aenderung der Rechtsprechung in 83 II 162 und 72 II 395; dann wieder wie früher: 92 II 208; zur Verkehrsgeltung (Feststellung, Umfang, Anforderungen) vgl. ausführlich JENE-BOLLAG 117ff.

51 JENE-BOLLAG 25ff. kritisiert das BGer deshalb, weil es auf diese Weise das Ausstattungsrecht zu einer antizipierenden Schutzordnung mache, was jedoch nicht im Sinne des Gesetzes sei, da das Ausstattungsrecht nicht registrierbar sei. Anders die Kritik bei PFENNINGER 49f.: Er erachtet es sogar als leichter, eine originelle Ausstattung zu schaffen, als einer nicht einprägsamen Form mit mühsamer Werbung Verkehrsgeltung zu verschaffen. Er erkennt offenbar, dass Werbung finanziert werden kann, Originalität dagegen kaum (oder wenigstens nur teilweise durch die Bezahlung guter Designer). TROLLER 430f. kritisiert, dass bei einer nicht originellen Ausstattung mit Verkehrsgeltung verlangt werde, dass eine Verwechslung bis zum Kauf stattfindet, bei einer ursprünglich originellen dagegen jede verwechselbare Formgebung unerlaubt sei; ansonsten bejaht er die Unterscheidung. Gl.M. wie BGer: DAVID, Wettbewerbsrecht, 36.

52 Diese Originalität ist nicht mit der Originalität im Sinne des URG oder MMG gleichzusetzen, sie bedeutet hier vielmehr soviel wie Auffälligkeit, Abweichen vom im Handel Gewohnten und Herkömmlichen, immanente Kennzeichnungskraft. Ähnlich BECCHIO 35, der Originalität als potentielle Kennzeichnungsfähigkeit umschreibt, und TROLLER 428.

kehrsgeltung zu verlangen⁽⁵³⁾, bei einem Minimum an Originalität⁽⁵⁴⁾ dagegen ein Maximum an Verkehrsgeltung. Entsprechend genügt bei einer durchschnittlichen Originalität eine durchschnittliche Verkehrsgeltung (und umgekehrt). Eine in diesem Sinn variable Gegenüberstellung der Höhe der Originalität einerseits und der erforderlichen Verkehrsgeltung andererseits lässt m.E. die bundesgerichtliche Unterscheidung gerecht erscheinen, denn es ist eine wirtschaftliche Tatsache, dass eine originelle Ausstattung von Anfang an auffällt (vor allem auch den Mitbewerbern) und daher auch schon sehr früh Schutz braucht.

III. Schutz aus Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG (Verwechslungsgefahr)

1. Im allgemeinen

Der Ausstattungsschutz greift ein, wenn die Gefahr besteht, dass durch die Nachahmung einer Ausstattung Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen vorkommen⁽⁵⁵⁾. Konkrete Verwechslungen sind

53 Der Fall, dass die Nachahmung einer originellen Ausstattung, deren Verkehrsgeltung gleich Null ist, zu beurteilen wäre, könnte an sich nur dann eintreten, wenn sich der Nachahmer die Kenntnis der Ausstattung auf illoyale Art verschafft hatte, also bevor die Ausstattung überhaupt erstmals in den Verkehr gesetzt wurde. Bei jeder Ausstattung, die in den Verkehr gebracht wurde, besteht vom Zeitpunkt der Inverkehrsetzung an eine gewisse minime Verkehrsgeltung, und von einem antizipierenden Rechtsschutz (vgl. JENE-BOLLAG 25ff.) kann nicht gesprochen werden; geschützt wird auch in diesem Fall eine schon bestehende wirtschaftliche Tatsache.

54 Ein Minimum an Originalität ist erforderlich, da sonst jede Kennzeichnungseignung fehlt. Vgl. SPOENDLIN, Schutzbedürfnis, 257: "... für die Annahme von Verkehrsgeltung bestehen jedoch hinsichtlich der Banalität der Gestaltungen Grenzen...". Ähnlich VON BUEREN N 31 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG.

55 Was die Verwechslung des Betriebes (die Unternehmensverwechselbarkeit) betrifft, so kann es schon genügen, wenn das Publikum aufgrund der ähnlichen Ausstattung (nicht bestehende) enge Geschäftsverbindungen zwischen zwei Unternehmen annimmt: BGE 84 II 319; PFENNINGER 29.

nicht nachzuweisen(56). Der Tatbestand von Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG kann auch schon dann erfüllt sein, wenn das Publikum zwei Ausstattungen aufgrund ihrer Unterschiede zwar auseinanderhält, aber wegen der doch bestehenden Ähnlichkeiten annimmt, es handle sich um zwei verschiedene Ausstattungen aus demselben Betrieb(57). Die genaue Firma des Herstellers muss dem Publikum nicht bekannt sein, es genügt, wenn das Publikum weiss, dass die gekennzeichnete Ware nur aus dem selben Betrieb stammen kann(58).

Für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr zwischen verschiedenen Ausstattungen gelten im wesentlichen die gleichen Grundsätze wie im Markenrecht(59). Da eine Ausstattung normalerweise ein komplexeres Gebilde darstellt als eine Marke, kommt dem Gesamteindruck grosse Bedeutung zu(60). Massgeblich ist auch im Ausstattungsrecht das Unterscheidungs- und Erinnerungsvermögen der Letztabnehmer, der Durchschnittskäufer(61). Da es also letztlich um das in der Erinnerung hafende Bild der Ausstattung geht und nicht um die konkret vorliegende Ausstattung in allen Details(62), kommt der Frage der Motivverwechslung erhöhte Bedeutung zu(63). Darauf wird bei der Untersuchung der Verwechselbarkeit bei den einzelnen Werbemitteln näher eingegangen werden. Im Extremfall kann der Motivschutz dazu führen, dass auch formal verschiedenartige Werbemittel miteinander verwechselbar sind, sofern ihnen dasselbe, prägende Motiv zugrunde liegt.

- 56 BGE 87 II 56, 70 II 112; VON BUEREN N 79 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG; PFENNINGER 28.
- 57 BGE 61 II 56; VON BUEREN N 75 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG.
- 58 BGE 84 II 452; KOCH 4; PFENNINGER 29 Anm. 160.
- 59 BGE 90 IV 173; 80 II 174.
- 60 Vgl. auch den folgenden Auslegungsgrundsatz der IHK-Richtlinien für die Werbepaxis: "Die Werbung ist nach ihrem mutmasslichen Eindruck auf den Verbraucher zu beurteilen, und zwar im Hinblick darauf, dass der Verbraucher gewöhnlich eine Werbebotschaft aufgrund eines flüchtigen Gesamteindrucks beurteilt."
- 61 BGE 103 II 213; VON BUEREN N 77 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG; DAVID, Wettbewerbsrecht, 37; PFENNINGER 38f.
- 62 Anders ist die Situation im MMG, wo die Verwechselbarkeit durch Nebeneinanderhalten der verschiedenen Gestaltungen festgestellt wird.
- 63 Vgl. VON BUEREN N 95f. zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG; JENE-BOLLAG 88ff.

2. Verwechslungsgefahr bei den einzelnen Werbemitteln

a) Waren- und Verpackungsgestaltungen

aa) Bedeutung als Werbe- und Kennzeichnungsmittel

Auf die grosse Bedeutung der Waren- und Verpackungsform für die Werbung wurde schon hingewiesen. Das Ausstattungsrecht erfasst nicht nur die reine Form, sondern auch die gesamte äussere Gestaltung eines Produktes(64). Diese gesamte sichtbare äussere Gestaltung hat vor allem in Selbstbedienungsläden eine sehr grosse Werbefunktion(65), denn bei dieser Art des Warenverkaufes werden häufiger als bei anderen Verkaufssystemen Impulsivkäufe getätigt, die sehr stark von einer attraktiven Warenausstattung ausgelöst werden können(66). Neben der Marke ist die Ausstattung das Werbemittel, das am direktesten den Kaufentschluss auszulösen vermag, da es seine Werbewirkung näher am Verkaufsort entfalten kann, als jedes andere Werbemittel; ausserdem hält diese Werbewirkung auch nach dem Kauf noch an ("Die Ware wirbt für sich selbst").

In der heutigen Situation der funktionalen Austauschbarkeit und Gleichartigkeit vieler Güter(67) haben Waren- und Verpackungsgestaltungen als Werbe- und Verkaufsmittel noch zusätzlich an Bedeutung gewonnen, da ihnen die Aufgabe zukommt, das Produkt zu individualisieren, als exklusiv(68)

64 Vgl. z.B. BGE 108 II 75f., 61 II 387. PFENNINGER 53 unterscheidet Material, Form und Aufdruck/Farbgebung.

65 Werbung II 1565; vgl. auch KOCH 5f.; PFENNINGER 1 und 7, der als eine zweite Form der Werbefunktion der Ausstattung die Tatsache ansieht, dass sich in der Ausstattung der gute Ruf der Ware konzentriert; REINHART 578; WINKELGRUND 78ff.

66 Vgl. dazu PACKARD 131ff. Mit zunehmender Gewöhnung der Konsumenten an dieses System nehmen die spontanen Käufe allerdings wieder ab.

67 Vgl. vorne 11.

68 Der "snob-appeal" spielt heute bei sehr vielen Produkten eine ganz erhebliche Rolle (PFENNINGER 12, TROLLER 443 Anm. 27).

oder ganz neu(69) darzustellen usw. Damit wurden die ursprünglichen, primären Aufgaben von Verpackung und äusserer Warengestaltung (Schutz, Behältnis, Griffigkeit, Hygiene usw.) immer mehr durch die sekundären Aufgaben (Individualisierung, Aesthetik, Werbung) in den Hintergrund gedrängt. Dazu kommt, dass die gesellschaftlich/wirtschaftliche Entwicklung zu einer starken Ausweitung des Gütersektors zur Befriedigung von Nebenbedürfnissen geführt hat. Bei diesen Gütern tritt der Stellenwert der geschmacklichen, optisch attraktiven Seite oft vor den Gebrauchswert(70). Auch im Ausstattungsrecht gilt aber ähnliches, wie es schon bei der Marke gesagt wurde: Die Ausstattung wird vom Gesetz nicht wegen ihrer Bedeutung als Werbemittel geschützt (auch wenn dies oft die überwiegende Bedeutung ist), sondern in ihrer Funktion als Warenkennzeichen(71). Vermeidung von Verwechslungen und Falschzurechnungen sind das primäre Ziel des Ausstattungsschutzes, die Werbefunktion wird nur sekundär, also indirekt geschützt(72). Eine nur ästhetische, werbewirksame Form, die keinerlei Kennzeichnungs- und Unterscheidungsfähigkeit besitzt, kann daher wettbewerbsrechtlich nicht geschützt werden, auch wenn sie sklavisch nachgeahmt wird(73). Kennzeichnungs- und Werbefunktion hängen insofern zusammen, als eine Verpackung oder eine Warengestaltung mit hohem Erinnerungswert (also grosser Kennzeichnungskraft) auch besser verkauft wird, besonders wenn es darum geht, aus mehreren gleichartigen Produkten möglichst schnell eines auszuwählen. In solchen Situationen wird der Konsument spontan diejenige Ware nehmen, an die er sich irgendwie erin-

69 So konnte z.B. nur schon durch das Anbieten von farbigen anstelle der grauen Telefonapparate der Umsatz stark erhöht werden.

70 HANSEN 21.

71 Kennzeichnungsabsicht ist aber nicht erforderlich, es spielt also keine Rolle, wenn dem Hersteller die Werbefunktion wichtiger ist als die Kennzeichnungsfunktion.

72 BGE 105 II 297, 104 II 332, 103 II 215.

73 BGE 92 II 209, 88 IV 83; PFENNINGER 8; TROLLER, Kollisionen, 55.

nert. Vor allem bei "grossen" Marken haben sich daher ganz feste Verpackungsbilder etabliert, die für alle Produkte desselben Herstellers benutzt werden und daher entsprechend hohe Verkehrsgeltung haben(74).

bb) Technisch bedingte und ästhetisch bestimmte Gestaltung

Grundsätzlich ist bei Waren- und Verpackungsgestaltungen besonders zu beachten, dass funktionell bedingte äussere Gestaltungsmerkmale nicht geschützt sind. Als funktionell bedingt sind Formen und Gestaltungen anzusehen, die sich aus der inneren Konstruktion zwangsläufig ergeben(75), Formen, die für eine rationelle Fertigung(76) oder eine raumsparende Lagerung am besten geeignet sind, Oberflächenstrukturen, die vom Material her bedingt sind oder wegen ihrer besonderen Eigenschaften (Griffigkeit, Abriebfestigkeit, Glätte usw.) für den Gebrauchszweck am besten geeignet sind, Farben und andere Merkmale, die für den vorgesehenen Verwendungszweck optimal sind(77). In der Praxis erweist es sich als schwierig, eine genaue Abgrenzung zu finden zwischen Ausstattungen, die absolut für den Verkehr freibleiben müssen, und solchen, die bei genügender Verkehrsgeltung monopolisiert werden dürfen. Eine differenzierte Betrachtung ist unumgänglich.

74 Vgl. auch KOCH 5, der die Werbefunktion vor allem darin sieht, dass die Aufmachung eine Ideenverbindung zwischen der Ware und der Herkunftsstätte herstelle und damit für das betreffende Geschäft werbe.

75 BGE 79 II 319.

76 BGE 87 II 59.

77 Z.B. orange/gelb für Schwimm- oder Rettungswesten wegen grosser Signalwirkung; braunliche Färbung für Wundpflaster (Reichsgericht, GRUR 1941, 238: "Leukoplast"). Vgl. auch die Beispiele bei VON BUEREN N 59 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG und den Entscheid des HG St. Gallen, Mitt. 1980, 64f. PFENNINGER 60 erwähnt Farben mit "betriebspsychologischem Bedeutungsinhalt", also Farben, die nicht zur Kennzeichnung, sondern als Signal verwendet werden, und hält diese nicht für schützbar.

- Führt die technische Konstruktion, die Herstellungsweise oder der Gebrauchszweck einer Ware notwendigerweise und unausweichlich zu einer bestimmten äusseren Gestaltung, so besteht absolut keine freie Wählbarkeit. Eine Gestaltung, die derart durch funktionale Vorgaben bestimmt wird, muss daher auch absolut freibleiben, da ansonsten durch die Monopolisierung der Form eine über das Patentrecht hinausgehende Monopolisierung von Konstruktionen und Verfahren ermöglicht würde, was nicht Ziel des Wettbewerbsrechts sein kann (78). Gestaltungen dieser Art gibt es relativ wenige, da in den meisten Fällen entweder in der Form oder aber in der Wahl des Materials oder der graphisch/farblichen Ausgestaltung der Grundform gewisse Variationsmöglichkeiten gegeben sind(79).

78 BGE 79 II 319f.

79 Anders ist die Situation, wenn nur die reine Form betrachtet wird. Dann werden die Variationsmöglichkeiten ungleich kleiner, und eine Monopolisierung wird problematisch. (Ebenso: JENE-BOLLAG 58 und 69, die klar zwischen Form und Aufdruck unterscheidet und aus diesem Grund der dreidimensionalen Warenform überhaupt keinen selbständigen kennzeichnungsrechtlichen Monopolschutz zugesteht. Vgl. auch, was vorne 41f. über die Eignung von Formen zur Kennzeichnung gesagt wurde.) Insbesondere bei (technischen) Massenartikeln, die keinerlei gestalterischen Ansprüchen genügen müssen, sondern reine Gebrauchs- und Verbrauchsartikel sind und daher möglichst einfach und kostengünstig produziert werden müssen, finden sich viele solche Gegenstände, bei denen weder in der Form noch im Material oder Design irgendwelche Variationsmöglichkeiten bestehen, ansonsten die Produktion zu teuer würde. Bei diesen Gegenständen kann keinem Hersteller zugemutet werden, dass er die Grundform noch mit einer speziellen Aufmachung individualisiert; an den Formen solcher Artikel darf daher kein Monopol entstehen. Als Beispiel vgl. die Ausführungen in BGE 79 II 319ff., insbesondere 323: "Material, Form und Grösse der einzelnen Bestandteile sind durch die ihnen zukommenden Funktionen im wesentlichen bestimmt. Anstelle der auch von der Klägerin verwendeten allgemein gebräuchlichen Ausführungen der Bestandteile andere, weniger zweckmässige zu wählen, nur um zu einer anderen Gestaltung des Erzeugnisses zu gelangen, ist dem Beklagten nicht zumutbar, wie oben dargelegt wurde. Insbesondere sind ihm in bezug auf die Grösse des Schalters, namentlich des Sockels, durch den Verwendungszweck (Einbau in Lampenfuss) enge Grenzen gezogen, die ihm entgegen der Meinung der Klägerin verunmöglichen, ein von ihrem Erzeugnis vollständig abweichendes Produkt herzustellen." Hier handelte es sich also um einen Gegenstand, bei dem sowohl die Form als auch die Wahl des Materials, die Grösse und der Verwendungszweck vorgegeben waren und eine abweichende Gestaltung nach Feststellung des BGer geradezu "verunmöglichten". Vgl. auch BGE 87 II 54ff. (Scharniere).

- Das andere Extrem bilden Waren, welche fast jede beliebige Form eingehen können, da sie sich an praktisch keine funktionalen Vorgaben halten müssen (amorphe Waren wie Seife, Schokolade). Bei diesen Waren besteht eine fast vollständige freie Wählbarkeit. Wird eine solche Ware in eine Form gepresst, die eine minimale Originalität aufweist, und erwirbt die Ware in dieser Form Verkehrsgeltung, so besteht kein Grund, dem Inhaber dieser Gestaltung nicht ein Monopol an dieser typischen Form zu gewähren.

- Die überwiegende Zahl von Gegenständen liegt jedoch zwischen diesen beiden Extremen. Ihre äussere Gestaltung ist auf irgendeine Weise durch technische, praktische oder funktionale Vorgaben beeinflusst, und sie sind daher in ihrer Ausgestaltung nicht völlig frei wählbar. Dennoch bestehen noch zahlreiche Möglichkeiten, ihre Gestaltung in irgendeiner Weise zu individualisieren. Erst bei solchen Gestaltungen stellen sich die eigentlichen Abgrenzungsprobleme; das BGer hatte sich denn auch meistens mit dem Schutz solcher Gegenstände auseinanderzusetzen⁸⁰). Um einen Ausgleich zu finden zwischen den Interessen des Inhabers einer Ausstattung, die im Verkehr bekannt ist, und den Interessen der Mitbewerber, die die funktionalen Vorteile dieser Ausstattung ebenfalls ausnutzen möchten, führte das BGer das Kriterium der (wirtschaftlichen) "Zumutbarkeit" ein. Eine kennzeichnende Ausstattung darf demnach nur dann nicht übernommen werden, wenn es den Mitbewerbern zumutbar ist, durch geeignete Massnahmen eine Verwechslungsgefahr zu

80 Beispiele: BGE 108 II 74 (Schutz eines Spielwürfels, dessen Form durch Gebrauchszweck, Konstruktion und Handhabung weitgehend vorgegeben war, in dessen farblicher und graphischer Gestaltung aber Variationsmöglichkeiten bestanden); 103 II 211ff. (Dose für Choco-Dragees); 84 II 579 (Herrenunterhose); 83 II 154ff. (Blumenhalter); 79 II 319 (Schalter). Weitere Hinweise bei JENE-BOLLAG 45 und TROLLER 441. Vgl. auch die anschaulichen Ausführungen des HG St. Gallen, Mitt. 1985, 252ff., wo (gestützt auf Gutachten von Ingenieuren und Technikern) die technische Bedingtheit von Verschaltungselementen erörtert wird.

vermeiden(81). Diese Zumutbarkeit ist nur dann zu bejahen, wenn dem Mitbewerber Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die zum gleichen Resultat führen und mit einem ähnlichen Kostenaufwand realisiert werden können(82). Ausstattungsschutz ist mit anderen Worten nur möglich, wenn sowohl unter technisch-funktionalen als auch unter ökonomischen Gesichtspunkten eine relativ freie Wählbarkeit gegeben ist. Auf die Problematik dieses Kriteriums der Zumutbarkeit kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht näher eingegangen werden(83). Hingewiesen werden soll aber auf eine spezifisch mit der Werbefunktion von Waren- und Verpackungsgestaltungen zusammenhängende Tatsache, die für die Frage der Zumutbarkeit von Bedeutung ist: Wie schon mehrfach erwähnt wurde, spielt bei vielen modernen Produkten die äussere Waren- oder Verpackungsgestaltung eine überragende Rolle als Werbe- und Verkaufsargument. Bei solchen Waren wird jeder Hersteller von Anfang an einen Teil des Budgets für die Gestaltung eines attraktiven oder eigenständigen Designs einplanen. Es wäre reine Theorie, wollte man auch bei diesen Produkten davon ausgehen, dass es (wie z.B. bei Massenartikeln des täglichen Bedarfs) eine kostengünstigste Gestaltungsvariante gibt, die jeder Hersteller gerne realisieren würde. Vielmehr erweist es sich im Effekt meistens sogar als kostengünstiger, auf eine individuelle, einprägsame und auffällige und damit eventuell etwas teurere Gestaltung zu achten, da damit die späteren Werbekosten kleiner gehalten werden können. Bei Produkten, bei denen die

81 BGE 79 II 320: "Als unlauter kann daher die Uebernahme einer Ausstattung nur angesehen werden, wenn ohne Aenderung der technischen Konstruktion und ohne Beeinträchtigung des Gebrauchszwecks die Wahl einer anderen Gestaltung möglich und - was in der bisherigen Rechtsprechung nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht worden ist - auch zumutbar gewesen wäre, aber vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen worden ist."

82 In BGE 83 II 158 wurde ein finanzieller Mehraufwand von 5% als zumutbar angesehen, um eine Verwechslungsgefahr zu vermeiden.

83 Vgl. JENE-BOLLAG 63, PFENNINGER 66ff. und die Kritik bei TROLLER 441f., der auf die durch diese Beurteilungsweise entstehende Rechtsunsicherheit hinweist.

äussere Aufmachung eine erhebliche Rolle spielt (und dazu gehören heute die meisten Produkte), darf daher bei der Frage nach dem Mehraufwand, der zumutbar ist, um Verwechslungen zu vermeiden, nicht von einem Gestaltungsaufwand von Null ausgegangen werden, es dürfen also nicht nur die reinen Herstellungskosten verglichen werden. Vielmehr ist einzuberechnen, dass jeder Hersteller bei solchen Waren üblicherweise einen gewissen Prozentsatz der Kosten für eine differenzierende Gestaltung oder aber für eine entsprechend umfangreichere Werbung aufwenden muss, da er sonst seine Ware kaum wird verkaufen können. Einen bestimmten, über die reinen Produktionskosten hinausgehenden Mehraufwand für das Design muss also grundsätzlich jeder Hersteller einberechnen(84). Dieser notwendige Mehraufwand ist bei einem Kostenvergleich, der über die Frage der Zumutbarkeit von Änderungen zur Vermeidung einer Verwechslungsgefahr entscheiden soll, zu berücksichtigen. Bei einer solchen Betrachtungsweise wird in vielen Fällen die Zumutbarkeit von Änderungen eher bejaht werden können und ein Schutz der Originalausstattung somit eher möglich sein. Da dies, wie erwähnt, nur für Waren gilt, bei denen die äussere Aufmachung eine erhebliche Rolle spielt, ergibt sich somit je nach Art der Ware eine unterschiedliche Beurteilung der Zumutbarkeit. Bei Produkten, die nur zweck- und gebrauchsortorientiert sind(85), wird jeder Hersteller die Variante mit den niedrigsten Herstellungskosten wählen und kein Geld für die Individualisierung oder Verschönerung des Produktes ausgeben wollen. Die Zumutbarkeit von Abänderungen, um eine Verwechslungsgefahr zu vermeiden, wird daher bei solchen Produkten tendenziell viel eher zu verneinen sein(86).

84 Tut er dies nicht, sondern übernimmt er so genau wie möglich die Ausstattung eines Mitbewerbers, so wird er dies in den meisten Fällen bewusst tun, um vom guten Image der Originalausstattung zu profitieren und um sich so eigene Werbekosten zu sparen.

85 Z.B. technische Teile, die gar nicht sichtbar sind oder aus anderen Gründen keine optischen Qualitäten aufweisen müssen.

86 Dazu kommt natürlich, dass solche Massenartikel vom Verkehr auch selten als Herkunftshinweis aufgefasst werden und die Verwechslungsgefahr daher auch vielfach gar nicht von Bedeutung ist.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die in der Literatur vertretene Auffassung einzugehen, ob eine "werbemässig optimale" Verpackungsform ebenfalls als ein funktionell bedingtes (im Sinne von: "werbepsychologisch bedingt") Merkmal zu betrachten sei und daher nicht monopolisiert werden dürfe(87). Meines Erachtens kann es eine solche werbemässig optimale Form nie geben. Das moderne Waren- und Verpackungsdesign lebt gerade davon, dass mit immer neuen Ideen und Gestaltungen versucht wird, die Aufmerksamkeit des Publikums zu erwirken. Werbetechnisch optimal ist oft das, was sich im richtigen Zeitpunkt vom Ueblichen abhebt und daher auffällt(88). Sobald es aber von allen Mitbewerbern übernommen wird, ist es alles andere als werbemässig optimal, sondern nur noch eine werbetechnisch mehr oder weniger gelungene Gestaltung. Wer eine solche im Verkehr gut eingeführte Ausstattung übernimmt, wird dies in den wenigsten Fällen tun, weil er aus werbetechnischen Gründen fast dazu gezwungen ist, sondern weil er hofft, von den "Markterschliessungsbemühungen" des Inhabers der Originalausstattung zu profitieren, um sich eigene Werbeaufwendungen zu ersparen. Ein solcher Mitbewerber soll sich aber nicht auf ein Freihalteinteresse an einer "werbemässig optimalen" Gestaltung berufen können(89).

87 In diesem Sinn offenbar PFENNINGER 54 und JENE-BOLLAG 66.

88 Auch PFENNINGER 47 weist auf diese Tatsache hin. Anders verhält es sich bei Markenartikeln, die ihre Verpackung über Jahre beibehalten, um das typische "Markengesicht" zu bewahren. Solche langjährig verwendeten und dem Publikum vertrauten Verpackungen dürfen jeweils nur mit grösster Vorsicht geändert und modernisiert werden (Bsp. "Nivea"-Dose, "Coca-Cola"-Flasche). Hier ist nicht immer eine neue, sondern eher die alte Aufmachung als werbemässig optimal anzusehen, da diese durch lange Tradition dem Kunden vertraut ist.

89 Sieht man eine Verpackungsgestaltung, die für den vorgesehenen Gebrauchszweck optimal ist, auch als werbemässig optimal an, so mag die erwähnte Auffassung richtig sein, denn in diesem Fall ergibt sich der Werbeepekt aus dem hohen Praxisnutzen, also aus einem funktionalen Element.

Was über die technisch bedingte Ausstattung gesagt wurde, gilt ähnlich auch bei der ästhetischen Ausstattung(90). Grundsätzlich soll zwar jeder Mitbewerber die Möglichkeit haben, seine Waren in einer möglichst ästhetischen Aufmachung anzubieten. Eine Gestaltung, die nicht oder nicht mehr modellrechtlich geschützt ist, darf daher grundsätzlich aus ästhetischen Gründen übernommen werden(91). Anders liegt aber der Fall, wenn die ästhetische Ausstattung zum Kennzeichen eines Herstellers, seiner Waren oder Leistungen geworden ist; dann ist sie, soweit zumutbar, abzuändern(92). Für die Beurteilung der Zumutbarkeit müssen m.E. aber strengere Kriterien gelten, als bei der technisch bedingten Ausstattung: Gerade im Bereich der Aesthetik gibt es derart unterschiedliche und wechselnde Anschauungen und damit auch vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten, dass sich der Nachahmer einer verkehrsbekannten Ausstattung nur in seltenen Fällen wird darauf berufen können, er habe aus ästhetischen Gründen keine andere Wahl gehabt und es sei ihm nicht zumutbar gewesen, eine andere, ebenso ansprechende Gestaltung zu finden. Die Zumutbarkeit von Abänderungen wird demnach bei der ästhetisch bestimmten Ausstattung tendenziell eher zu bejahen sein(93).

90 Auch bei der ästhetischen Ausstattung ist zu beachten, dass die Aesthetik etwas zur Ware Hinzutretendes sein muss, dass also ein Objekt, das sich in der Aesthetik erschöpft (z.B. ein Ziergegenstand oder ein Kunstobjekt), nicht als Ausstattung geschützt werden kann. Vgl. dazu eingehend JENE-BOLLAG 50ff.

91 BGE 103 II 215.

92 BGE 108 II 74f., 105 II 301, 104 II 332, 103 II 216.

93 PFENNINGER 70 weist andererseits darauf hin, dass bei Warenbereichen, bei denen die Aesthetik sehr wichtig sei, die Zumutbarkeit eher eingeengt werde, da der Kennzeichenschutz nicht dazu führen dürfe, der Konkurrenz zu verwehren, selber auch den Strömungen von Mode und Zeitgeschmack zu folgen. Diese Argumentation kann nicht ganz überzeugen: Wer nur die Mode oder den Zeitgeschmack übernimmt, wird keine Kennzeichenrechte verletzen, da solche Stilrichtungen grundsätzlich Allgemeingut darstellen und nicht monopolisiert werden dürfen. Wer eine neue Gestaltung einführt, soll sich jedoch in der Einführungsphase dagegen wehren können, dass seine neuartige, vom Verkehr rasch als Kennzeichen empfundene Ausstattung ohne weiteres übernommen wird. Schreitet er aber in der Anfangsphase gegen Kopien nicht ein, so kann sich die neue Gestaltung gar nicht zu seinem alleinigen Kennzeichen entwickeln, sondern wird u.U. zu einer Stilrichtung.

cc) Kriterien zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr

Bei Waren- und Verpackungsgestaltungen sind für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr die folgenden Punkte von besonderer Bedeutung:

- In der Mehrzahl der Fälle wird die äussere Ausgestaltung (Farben, Etiketten, Verzierungen, Oberflächenstruktur usw.) den Gesamteindruck nachhaltiger prägen als die blossе Form, da das Formerinnerungs- und Unterscheidungsvermögen im allgemeinen eher gering ist⁽⁹⁴⁾. Eine ähnliche äussere Gestaltung kann daher auch dann zu Verwechslungen Anlass geben, wenn die Grundform an sich stark verschieden ist, da schnell der Eindruck entstehen kann, es handle sich um ein Produkt desselben Herstellers mit einem neuartigen Behältnis oder einer anderen Grundform⁽⁹⁵⁾. Nur in Ausnahmefällen ist die Form derart prägend, dass sie auch bei völlig anderer Gestaltung verwechselbar bleibt. Umgekehrt können geringfügige Änderungen der Form eine bestehende Verwechslungsgefahr kaum genügend beseitigen.

- Einen Einfluss auf die Beurteilung der Verwechslungsgefahr können die Umstände der Präsentation (Beleuchtung, Distanz, Art der Stapelung) in den Verkaufslokalen haben⁽⁹⁶⁾.

94 Vgl. dazu vorne 41. Wird beispielsweise eine Flaschen- oder Flaconform, die typisch für einen bestimmten Hersteller ist, nachgeahmt, aber mit anderer Etikette, anderer Farb- und Oberflächenstruktur (matt statt glänzend; glatt statt körnig) usw. ausgestaltet, so werden trotz der gleichen oder ähnlichen Form kaum noch Verwechslungen vorkommen. Anders verhält es sich nur, wenn die Form ein sehr hohes Mass an Originalität aufweist und Aufdruck und Material für den Gesamteindruck nur eine untergeordnete Rolle spielen. Ähnlich JENEBOLLAG 67. Vgl. aber BGH, GRUR 1969, 541ff. (Vierkantflasche)

95 Vgl. auch BGE 90 IV 174.

96 PFENNINGER 37. Vgl. z. B. BGE 103 II 214: Dosen werden in Regalen gestapelt, so dass nur das durchgehende Papierband sichtbar und damit für die Verwechslungsgefahr relevant ist. Anderes Beispiel: Je nach Art der Kunstlichtquelle in einem Ladenlokal kann eine Farbe einen völlig anderen Ton haben als am Tageslicht. Zu berücksichtigen ist der optische Eindruck am Verkaufsort.

- Oft sind es die Farben, welche den Gesamteindruck einer Ausstattung massgeblich bestimmen. Manche Hersteller verwenden daher für ihr gesamtes Warensortiment eine durchgehende Farbkombination, um eine erkennbar einheitliche Kennzeichnung zu erreichen. Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr aufgrund ähnlicher Farbgebung gilt das gleiche, was schon bei den Marken gesagt wurde(97): Nicht nur die Farben an sich müssen verglichen werden, sondern auch die Anordnung und Verteilung der Farben, die Abgrenzung der Farben (z.B. durch eine schwarze oder weisse Umrandung), der Farbcharakter (matt, glänzend, metallisch), die Intensität der Farben usw. Diese Faktoren können den Gesamteindruck ebenso nachhaltig prägen, wie die Farben an sich(98).

- Grundsätzlich können auch Warengestaltungen mit Verpackungsgestaltungen verwechselbar sein, doch wird hier eine Verwechselbarkeit nicht leichthin angenommen werden können, da von der Funktion her schon erkennbar eine grundsätzliche Verschiedenheit vorliegt(99).

- Bei ganzen Design-Linien für Waren oder Verpackungen ist ein grösserer Abstand einzuhalten, da das Publikum bei einer Nachahmung eher annehmen wird, es handle sich um eine Variation des Originalsortimentes.

97 Vgl. vorne 33ff.

98 Vgl. dazu BGH, GRUR 1968, 371ff., insbes. 374 ("Maggi"/"Knorr"). Der Schutz einer blossen Kombination von Farben ist daher m.E. nicht möglich, ohne dass bei der Definition dessen, was geschützt sein soll, auch solche Merkmale angegeben werden müssen. Gl.M. JENE-BOLLAG 80, die einen abstrakten Farbenschutz ablehnt. A.A. PFENNINGER 62, der zwar ebenfalls eine Prüfung anhand des Gesamteindrucks verlangt, aber in bestimmten Fällen (wenn die Farbe das massgeblich kennzeichnende Element sei) Farben losgelöst von ihrer flächenmässigen Begrenzung in ihrer abstrakten Farbdefinition geschützt sehen will (z.B. Hausfarben). Vgl. auch die Ausführungen des BGer im Entscheid 108 II 75 ("Rubik's Cube").

99 Vgl. als Beispiel BGE 108 II 329ff: Geprüft wurde die Verwechslungsgefahr zwischen "Lego"-Bausteinen (Ware) und Bonbon-Schachteln in "Lego"-Form (Verpackung). Die Verwechslungsgefahr wurde in casu verneint.

- Ausstattungen, die an sich miteinander verwechselbar wären, können u.U. durch eine völlig verschiedene Marke genügend unterscheidbar werden. Ueberwiegt aber der gesamte optische Eindruck der Ausstattung derart, dass die Marke nicht mehr ins Gewicht fällt, so bleibt grundsätzlich trotz der verschiedenen Marke eine Verwechslungsgefahr bestehen⁽¹⁰⁰⁾. Das BGer hält jedoch bei Produkten, welche normalerweise erst nach eingehender Prüfung gekauft werden (Investitionsgüter wie Autos, Uhren, Skis, Kameras usw.) eine Verwechslungsgefahr für ausgeschlossen, da bei solchen Waren dem Käufer die Marke wichtig erscheine und er daher den Irrtum noch vor dem Kauf bemerke⁽¹⁰¹⁾. Dadurch entstehe dem Inhaber der Originalausstattung kein Schaden. Diese Betrachtungsweise führt dazu, dass beispielsweise bekannte Uhrenmodelle (z.B. "Rolex", "Cartier"), die auch ohne Marke schon von ihrer Gestaltung her erkannt werden können, nicht gegen perfekte Kopien ihrer äusseren Gestaltung geschützt werden können, sofern der Konkurrent die Kopien mit einer völlig anderen Marke versieht. Dies führt zu höchst unbefriedigenden Resultaten, insbesondere bei Ausstattungen, die schon sehr lange benutzt werden und deren modellrechtlicher Schutz daher schon längst abgelaufen ist. Die Beurteilung des BGer ist richtig, soweit sie sich auf den Käufer der Ware bezieht⁽¹⁰²⁾. Wer eine solche Kopie eines bekannten Modells

100 BGE 103 II 217 (Choco-Dragees: der Gesamteindruck der Verpackungsgestaltung überwiegt gegenüber der Marke); 61 II 381ff. ("Gaba-Dose"); 55 II 253 (genügend unterscheidbare Marke, aber Flasche und Etikette täuschend ähnlich und für den Gesamteindruck wichtiger). DAVID, Wettbewerbsrecht, 37f.

101 BGE 105 II 301 (Uhrenmodell); Urteil des BGer vom 25. April 1980 in Mitt. 1980, 158; BGE 70 II 112f. Zur deutschen Rechtsprechung vgl. etwa BGH, WRP 1985, 397ff. ("Tchibo"/"Rolex") und OLG Frankfurt, WRP 1982, 227 ("Cartier").

102 TROLLER 230 weist aber richtigerweise darauf hin, dass auch das Verhalten der ausländischen Touristen und deren geringe Vertrautheit mit den schweizerischen Marken berücksichtigt werden müsse. Diese Käufer werden sich wohl in vielen Fällen primär an der Ausstattung, die sie schon einmal gesehen haben, orientieren und weniger an der Marke, die sie nicht mehr genau im Kopf haben. In solchen Fällen können also durchaus aufgrund der ähnlichen Ausstattung auch Verwechslungen stattfinden, die nicht mehr vor dem Kauf bemerkt werden.

kauft, wird sich wohl bewusst sein, dass er nicht das Original kauft und dass er sich damit eventuell eine schlechtere Qualität einhandelt. Er kauft die Uhr aber trotzdem, weil er die Ausstattung als besonders schön empfindet oder weil sie ihm ein besonderes Prestige verspricht. Verwechslungen können aber ohne weiteres nach dem Kauf entstehen, so wenn die Uhr am Handgelenk des Trägers nur aus Distanz gesehen wird und daher von ihrem Design her der Originalmarke zugerechnet wird⁽¹⁰³⁾. In vielen Fällen wird eine Kopie gerade wegen dieser Verwechslungsgefahr gekauft: Der Käufer hofft, dass die Kopie für das Original gehalten wird und erhofft sich damit einen Prestige-Gewinn, ohne den hohen Preis für das Original zu bezahlen⁽¹⁰⁴⁾. Geht man davon aus, dass die Ware auch noch nach dem Kauf für sich selbst wirbt, so kann man leicht erkennen, dass solche Verwechslungen nach dem Kauf einen ganz entscheidenden Einfluss auf das Image der Originalausstattung haben können. Einerseits wird derjenige, der eine Kopie aufgrund der äusseren Ausstattung mit dem Original verwechselt, erkennbare Mängel der Kopie dem Original zurechnen und dadurch eventuell vom Kauf des Originalproduktes absehen⁽¹⁰⁵⁾. Die Werbekraft des Originals, die sich aufgrund der Qualitätsvorstellung ergibt, kann dadurch empfindlich geschmälert werden. Andererseits kann das Auftauchen vieler Kopien den exklusiven Charakter einer Ausstattung allmählich schmalern und potentielle Käufer, die ein Produkt wegen dieser Exklusivität gekauft hätten, von ihrem Kaufentschluss abhalten. Auch dadurch kann dem

103 Vgl. auch die Beispiele bei TROLLER 433: fahrende Automobile, transportierte Skis.

104 TROLLER 443 Anm. 27 spricht vom sogenannten "snob-appeal". Dazu kommt, dass sich wohl viele Käufer in ihrem Unterbewusstsein auch selber vom Design tauschen lassen und unbewusst das Gefühl haben, eine Ware mit ähnlichem oder gleichem Design werde auch ähnliche Eigenschaften aufweisen.

105 Ebenso TROLLER 433. Bsp.: Die "Rolex"-Kopie am Handgelenk läuft ungenau, ein Auto mit "Jeep"-Design bleibt stecken, eine "Leica"-Kopie hat ein lautes Auslösegeräusch.

Inhaber des Originalproduktes eine quantifizierbare Einbusse entstehen. Aus diesen Gründen fallen m.E. derartige Nachahmungen ebenfalls unter den Tatbestand von Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG, da sie zu Verwechslungen führen können, die ihrerseits letztlich zu einer starken Behinderung und Benachteiligung des Inhabers der Originalausstattung führen(106).

Die Interpretation des BGR führt im übrigen auch zu einer Ungleichbehandlung der originellen und der nicht-originellen, aber im Verkehr durchgesetzten Ausstattung, da letztere, soweit es sich um die Ausstattung von Investitionsgütern handelt, wie erwähnt keinen Schutz findet, wenn eine unterscheidungskräftige Marke angebracht wird(107).

b) Werbemittel im engeren Sinn

aa) Allgemeines

α) Werbung als Kennzeichen

Auch Werbung im engeren Sinn, also alle Werbemittel ausser Ware und Verpackung (wie z.B. Plakate, Werbefilme, Slogans usw.), können für bestimmte Waren oder für deren Hersteller typisch sein und damit zu ihren Kennzeichen werden. Neben den Waren- und Verpackungsgestaltungen kann daher auch die cha-

106 Eine Einschränkung auf Verwechslungen, die beim Käufer eintreten können, wie sie das BGR in BGE 105 II 301 und 104 II 332 vornimmt, kann m.E. aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht entnommen werden. Es genügt allgemein die Möglichkeit, dass zu irgendeinem Zeitpunkt Verwechslungen entstehen können. Ebenso TROLLER 433; ähnlich KUMMER, ZBJV 117(1981), 159. Vgl. zum Ganzen auch DUTOIT, 3: Speziell in bezug auf Uhrenmodelle verlangt er für die Verurteilung der Nachahmung eines nicht sonderrechtlich geschützten Modells: Identifizierungskraft des Modells, kein Zwang zu Nachahmung aus technischen Gründen, schmarotzerische Absicht und/oder Täuschung des Publikums.

107 TROLLER 430f.

rakteristische Werbung ein Kennzeichnungsmittel sein⁽¹⁰⁸⁾ und daher als Ausstattung geschützt werden. Ihre Fähigkeit, als Kennzeichen auf Waren oder auf eine bestimmte Qualität oder Herkunft hinzuweisen, ist allerdings naturgemäss kleiner als bei Waren- oder Verpackungsgestaltungen. Es fehlt hier der direkte, körperliche Bezug zur Ware, das heisst, die Verkaufsnähe ist erheblich kleiner, so dass an die Assoziationsfähigkeit des Publikums grössere Anforderungen gestellt werden⁽¹⁰⁹⁾. Die fehlende Verkaufsnähe kann jedoch durch grössere Intensität, besondere Originalität oder durch direkten Einbezug des Produktes (z.B. durch die Abbildung in einer Anzeige) oder seines Namens (z.B. durch Integrierung der Marke in einen Slogan) teilweise ausgeglichen werden. Auch der Einsatz tiefenpsychologischer Erkenntnisse in der Werbung kann dazu verhelfen, die Assoziationen des Publikums in die gewünschte Richtung zu lenken.

Ausschlaggebend für die Beurteilung, ob ein Werbemittel i.e.S. als Kennzeichen angesehen werden kann, ist nicht primär die Frage, ob die Werbung dem Publikum in der Erinnerung haften bleibt. Entscheidend ist vielmehr, ob der Konsument die Verbindung von der Werbung zur Ware oder ihrer Herkunft herzustellen vermag, sobald er die betreffende Werbung sieht oder hört. Erst wenn (von einer Vielzahl von Konsumenten) dieser Schritt gemacht wird, kann eine Verwechslung der Werbung auch zu einer Verwechslung der Waren oder der Warenherkunft führen⁽¹¹⁰⁾. Nur solche Verwechslungen, nicht

108 BAUMBACH/HEFERMEHL, WZG, N 1 zu § 25 WZG; VON BUEREN N 23 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG; DAVID, Werberecht, 69; PFENNINGER 6. Vgl. auch die Ausführungen des Privy Council von Australien über die Kennzeichnungskraft von Werbung im Entscheid vom 13. Okt. 1980, zusammengefasst in GRUR Int. 1982, 192f. ("Pub Squash"-Urteil), und die Analyse dieses Entscheids bei KROHER 97ff.

109 So sind beispielsweise viele in der Werbung verwendete Slogans zwar bekannt, doch können sie vom Publikum nur in seltenen Fällen dem richtigen Produkt bzw. der richtigen Marke zugeordnet werden. Vgl. dazu Werbung II 1030.

110 Vgl. die Formulierung im "Pub Squash"-Urteil, zitiert bei KROHER 98: "Die Probe lautet: Hat die Ware durch die Werbung einen unterscheidungskräftigen Charakter bekommen, den der Verkehr anerkennt?"

die Möglichkeit der Verwechslung der Werbemittel an sich, sind für den Tatbestand von Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG relevant⁽¹¹¹⁾. Die Verwechslungsgefahr ist hier ebenfalls in einem weiten Sinn zu verstehen, sie ist also schon dann gegeben, wenn zwar nicht Verwechslungen bis zum Kauf eintreten, aber die Konsumenten die Werbung des Nachahmers beim flüchtigen Wahrnehmen als Werbung für das Original ansehen, was sich gerade bei Waren oder Herstellern, deren Image weitgehend von der Werbung aufgebaut wird, sehr störend auswirken kann.

Ist ein Werbemittel als Warenkennzeichen anzuerkennen, verhilft die Werbung also in den Augen des Publikums der Ware zu Unterscheidungskraft⁽¹¹²⁾, so fragt sich weiter, nach welchen Kriterien die Verwechselbarkeit zwischen einer Nachahmung und dem Original zu beurteilen ist. An sich sind die gleichen Grundsätze anwendbar, wie sie schon bei der Beurteilung der Verwechselbarkeit von Marken und von Waren- und Verpackungsgestaltungen aufgeführt wurden⁽¹¹³⁾. Da es sich bei Werbemitteln i.e.S. aber meistens nicht mehr um einfach zu erfassende, überblickbare Sachverhalte handelt, wie dies z.B. bei einer Marke der Fall ist, müssen die Beurteilungskriterien auch speziell im Hinblick auf die Komplexität solcher Werbemittel betrachtet werden. Insbesondere ist auch zu beachten, dass Werbemittel i.e.S. oft nur aus Distanz oder

111 Werbemittel, Reklamen sind keine Waren im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG. Vgl. auch ARQUINT 45 und PFENNINGER 58: "Es ist darum nicht das Werbemittel schlechthin schutzfähig, sondern sein kennzeichnender Gehalt."

112 Wie erwähnt ist dabei auf die Verkehrsgeltung abzustellen, d.h. zu fragen, ob die geforderte Assoziation Werbung - Ware (Hersteller) regelmässig bei einer Vielzahl von Personen ausgelöst wird. Zur Feststellung der Verkehrsgeltung vgl. JENE-BOLLAG 117ff. Vgl. auch das Beispiel bei BONGARD 133f.: In einem Marktforschungstest konnten 49 von 50 Testpersonen allein vom Motiv ("Holländer-Mädchen") eines Plakates her (teilweise sogar nur von Teilen des Plakates) auf das Produkt (Margarine) schliessen, die Mehrheit davon sogar noch auf die richtige Marke ("Rama"). Die Werbung war also in diesem Fall ein wichtiges Merkmal der betreffenden Ware.

113 VON BUEREN N 42 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG; DAVID, Wettbewerbsrecht, 37 Anm. 106; TROLLER 428.

nur flüchtig wahrgenommen werden und daher in der Erinnerung nur die auffälligsten Aussagen, die zentralen Motive, haften-bleiben.

ß) Motivschutz

Da komplexere Werbegestaltungen wie erwähnt in der Erinnerung eher auf ihren Sinngehalt oder eben ihr Motiv reduziert werden, kommt der Verwechslung im Motiv eine ganz besondere Bedeutung zu. Das Problem des Motivschutzes¹¹⁴ muss hier etwas differenzierter angesehen werden als beispielsweise bei den Marken, da bei den Werbemitteln im engeren Sinn sehr viel mehr Variationsmöglichkeiten in der Gestaltung bestehen. Versucht man, diesen Motivschutz etwas näher zu umschreiben, so ist zunächst eine Abgrenzung nötig: Bei einem Werbemittel kann grundsätzlich unterschieden werden zwischen Werbethema (Inhalt, Aussage, Motiv) und Werbeaufmachung (Layout, Stil, gesamte äussere Gestaltung). Massgeblich prägend für das Erinnerungsbild können sowohl das Werbethema als auch die Werbeaufmachung sein. Das Thema wird dabei in der Erinnerung auf das Motiv (die zugrunde liegende Idee oder Story), die Aufmachung auf den Stil (Art der graphischen Ausführung, dominierende Farben etc.) reduziert.

Sollen nun zwei Werbemittel, z.B. zwei Plakate, abstellend auf dieses verschwommene Erinnerungsbild miteinander verglichen werden, so darf m.E. eine Verwechslungsgefahr nur dann bejaht werden, wenn sowohl im Motiv als auch in der äusseren Gestaltung eine gewisse Ähnlichkeit vorliegt. Wird dieses Erfordernis nicht beachtet, so ist die Gefahr zu gross, dass einerseits ein reiner Ideenschutz und andererseits ein reiner

¹¹⁴ Als einfaches (markenrechtliches) Beispiel vgl. BGE 73 II 183ff. ("Alps"/"Alpina"): Sowohl Motiv als auch Wortklang sind ähnlich.

Stilschutz in das UWG eingeführt werden(115). Wird eine Anzeige oder ein Plakat im Motiv nachgeahmt, aber graphisch völlig verschieden gestaltet, so wird nur in sehr seltenen Fällen noch eine Verwechslungsgefahr gegeben sein, da die Erinnerung ebenso stark von der Farbgebung, der Stimmung und von der technischen Ausgestaltung (Photographie oder graphische Gestaltung usw.) geprägt wird. Je weiter ein Motiv gefasst wird, desto grösser muss die Ähnlichkeit in der Ausgestaltung sein, damit noch eine Nachahmung bejaht werden kann. Je genauer das Motiv dagegen definiert wird, desto eher ist es auch in anderen Ausgestaltungen geschützt(116). Ebenso gilt, dass je origineller oder aber je bekannter und damit kennzeichnungskräftiger ein Motiv ist, desto eher es auch gegenüber einer andersartigen Ausgestaltung geschützt ist.

- 115 Als Unterschied zum gestalteten Motiv soll ein einfaches Beispiel einer Werbeidee dargestellt werden. Ziel: Werbung für einen soliden Koffer mit Stahlrahmen. "Nicht-Idee": "Dieser Koffer ist unverwundlich, denn er hat einen Stahlrahmen." Idee: "Dieser Koffer wurde aus 3000 m Höhe aus einem Flugzeug geworfen und ist unversehrt." Diese Idee kann noch auf verschiedenste Weise gestaltet werden: Die Wahl der Werbemittel zur Umsetzung bleibt noch offen (Darstellung in einem Werbefilm oder auf einem Plakat), und auch wenn ein bestimmtes Werbemittel gewählt wird, bleiben noch zahlreiche Varianten in der Ausgestaltung und der Art der Ausführung. Von der Idee bis zur Ausgestaltung bleibt also noch ein weiter Weg. Der grundsätzliche Ideenkern ist nicht geschützt; erst wenn die Idee gestaltet und für das entsprechende Produkt typisch geworden ist, kann sie gegen eine Nachahmung in einer ähnlichen Gestaltung verteidigt werden. (Bsp. in Werbung II 1329). Vgl. auch Zivilgericht Basel-Stadt, SJZ 47 (1951), 362 ("Gibbs").
- 116 Vgl. das Beispiel bei JENE-BOLLAG 91 Anm. 232 (Hund von "His Master's Voice"): Wird das Motiv sehr eng gefasst, z.B. "Hund, sitzend, vor Trichtergrammophon", dann ist dieses Motiv in vielen anderen Ausgestaltungen, z.B. auch als Photographie oder in einem Film, geschützt. Wird das Motiv dagegen sehr weit gefasst, z.B. "Tier vor Musikanlage", dann kann eine Nachahmung nur dann angenommen werden, wenn die Ausgestaltung sehr ähnlich ist (gleiche Technik, gleicher Bildaufbau, gleiche Stimmung usw.). Das Beispiel bei JENE-BOLLAG a.a.O. ("Panther, liegend vor Hi-Fi-Anlage") kann demnach keinesfalls vom Inhaber des Originalzeichens von "His Master's Voice" verboten werden. In Deutschland wurde der Schutz der Marke "His Master's Voice" auf jedes Tier ausgedehnt, das einem Phonographen zuhört (Hinweis bei TROLLER 235 Anm. 69; zu berücksichtigen ist, dass die Verbindung von Tier und Phonograph ein sehr starkes Zeichen ist). Der Hund ist übrigens eine Anlehnung an das Bild "Tod des Prokris" von Piero di Cosima.

Ebenso erweitert ein sehr "starkes" Zeichen auch den Kreis der Motive, die als ähnlich anzusehen sind(117). Ein wenig originelles Zeichen ist - sofern es nicht überragende Verkehrsgeltung hat - höchstens dann geschützt, wenn es auch in der Ausgestaltung sklavisch nachgeahmt wird(118).

bb) Plakate, Anzeigen, Inserate

In vielen Anzeigen wird der Bezug zur angepriesenen Ware dadurch hergestellt, dass die Ware selbst, ihre Verpackung oder die Marke gross ins Bild geruckt werden. Besteht eine Anzeige im wesentlichen nur aus diesen Elementen, dann bleiben auch nur diese geschützt(119), die Anzeige selbst aber geniesst keinen darüber hinausgehenden Schutz. Vielmehr muss eine Anzeige auch nach Wegdenken des Produktes oder der Marke kennzeichnungsfähig sein. Dies ist gerade bei Plakaten wichtig, die oft nur im Vorbeifahren, aus Distanz gesehen werden. Das Produkt oder dessen Marke können dann oft gar nicht erkannt werden. Die Anzeige selbst muss daher aus sich wirken und für sich allein kennzeichnend für das Produkt sein, d.h. eine Assoziation zum angepriesenen Produkt hervorrufen(120).

Bei einem einzelnen Plakat oder einer Anzeige wird diese Forderung nicht sehr häufig erfüllt sein, ausser wenn ein Plakat gleichbleibend über einen relativ langen Zeitraum beibehalten wird, eine grosse Streuung hat oder ein sehr auffälliges Motiv enthält, welches den Gegenstand der Werbung integriert oder auf andere Weise einen Bezug zur Ware her-

117 Vgl. VON BUEREN N 96 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG; DAVID N 4 zu Art. 6 MSchG und DAVID, Suppl., 51 (N 4 zu Art. 6 MSchG).

118 Zivilgericht Basel-Stadt, SJZ 47 (1951), 362 ("Gibbs").

119 Eine geschützte Ausstattung ist auch in ihrer Abbildung in der Werbung geschützt: BGE 61 II 388.

120 PFENNINGER 58 erachtet es in Einzelfällen als möglich, dass die Kennzeichnungskraft der wiedergegebenen Ausstattung den Schutz des Gesamteindrucks rechtfertige.

stellt. Zur Kennzeichnung eher geeignet sind ganze Anzeigenserien, die entweder dasselbe Motiv in verschiedenen Varianten wiederholen oder aber ein festes, charakteristisches Layout mit wechselnden Motiven aufweisen(121). Solche Anzeigenserien können dazu führen, dass das Publikum die entsprechende Werbung als typisch für ein bestimmtes Produkt oder Unternehmen ansieht und daher eine im Layout oder im Motiv ähnliche Werbung diesem Produkt oder Unternehmen zu-rechnet, wodurch Verwechslungen entstehen können. Grundvoraussetzung ist jedoch, dass entweder das Motiv oder aber das Layout "originell" ist, d.h. über das Uebliche hinaus-geht. Motive, die in der Werbung für bestimmte Produkte üblicher Weise verwendet werden(122), scheiden daher zum vorne-herin aus, da sie kaum aus der Masse herausragen und daher nicht typisierend sein können(123). Ein Layout muss sich in graphischer oder farblicher Hinsicht vom Gewohnten unter-scheiden und sich klar von der Masse der übrigen Anzeigen und Plakate abheben, wenn es eine typisierende Wirkung haben soll. Die Gestaltung muss dabei nicht extravagant oder überladen sein, vielfach haben klar aufgebaute Anzeigen mit sparsamem Einsatz von gestalterischen Mitteln einen höheren

121 Vgl. z.B. die Analyse der "Jägermeister"-Anzeigen bei HEIZ 147. Bei diesen Anzeigen wird ein ganz festes Layout beibehalten und werden wechselnde Figuren und Sprüche im gleichen Stil verwendet. Ebenso die "Marlboro"-Plakate: gleiche Themen (Pferde, weite Landschaft, Cowboys, Lagerfeuer), gleiche photographische Gestaltung, gross-flächiges Layout.

122 So dominieren z.B. in der Werbung für alkoholische Getränke Bilder von Jet-Set-Personen in exklusiver Umgebung (Jacht-Hafen, Tennis-Club), ebenso in der Autobranche: Auto auf Kiesplatz vor Schloss, in exklusiver Strasse usw. Solche Motive sind nicht schützbar. Werden in der Werbung sehr unübliche Motive verwendet, so besteht aller-dings umgekehrt die Gefahr, dass dem Konsumenten zwar das Motiv sofort auffällt, er aber keine Verbindung mehr zum Produkt ziehen kann.

123 VON BUEREN N 23 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG. DIETZE 319 schliesst "besonders naheliegende Ausdrucksmittel für die Werbung oder Hervor-hebung" vom Schutz aus. Als Beispiele erwähnt er Pfeile, den roten Strich unter Zeitungsschlagzeilen, Herzbilder für Süßigkeiten usw.

Aufmerksamkeitsgrad. Bei der Beurteilung einer Nachahmung ist eine Aehnlichkeit im Layout dann zu bejahen, wenn eine weitgehende Uebereinstimmung der Flächenaufteilung, der farblichen Gestaltung, des Bild-Text-Verhältnisses usw. erkennbar ist.

cc) Werbefiguren

Die Entstehung einer verkehrsbekannten Beziehung zwischen einer Werbefigur und dem dazugehörigen Produkt erfolgt häufig schneller als bei jedem anderen Werbemittel. Werbefiguren sind zur Kennzeichnung besonders gut geeignet, da sie auf den verschiedensten Werbeträgern eingesetzt werden können (auf dem Produkt selbst, in Anzeigen, Werbefilmen, Schaufenstern, als Leuchtreklame usw.) und oft eine längere "Lebensdauer" haben als die anderen, meist kurzlebigen Werbemittel. Die Verbindung zu Produkt und Hersteller kann durch Bezugnahme in der Werbung⁽¹²⁴⁾, durch Benennung der Figur in Anlehnung an die Firma des Unternehmens⁽¹²⁵⁾ oder durch Benennung der Figur mit der Marke des Produktes⁽¹²⁶⁾ hergestellt oder intensiviert werden. Fehlt eine solche Beziehung zum angesprochenen Produkt völlig, so kann die Beziehung durch intensive Werbung hergestellt werden, wobei die Werbung erleichtert wird, wenn die Figur starke Sympathiegefühle hervorruft oder aber einen sehr eigenwilligen Typ charakterisiert⁽¹²⁷⁾.

124 Z.B. in einem Slogan "XY - Das Möbelhaus mit dem Elch".

125 "Knorrli" für "Knorr", "Redi" für Redifusion" usw.

126 "Meister Proppe", "Der weisse Riese".

127 Bsp.: Der "Weisse Ritter" von "Ajax". Geschützt werden kann aber nur die Figur in ihrer konkreten Ausgestaltung, nicht auch der dahinterstehende Typ oder Charakter.

Fraglich ist, ob sich auch Figuren, die nicht eigens für die Werbung geschaffen wurden (z.B. Comics-Figuren oder bekannte Film- oder Romancharaktere), als Herkunftshinweis eignen. Diese Frage ist m.E. in sehr seltenen Ausnahmefällen zu bejahen, wenn mit einem sehr grossen und intensiven Werbeaufwand eine solche Figur zum Kennzeichen eines Produktes oder Herstellers gemacht wird, so dass schliesslich das Publikum diese Figur primär nur noch in Beziehung zur betreffenden Ware sieht. Vorausgesetzt ist aber, dass ein bestimmter Werbetreibender eine solche Figur exklusiv für seine Werbung verwenden darf oder dass zumindest sein Werbeaufwand den aller anderen Werbetreibenden, die diese Figur einsetzen, bei weitem übertrifft(128).

dd) Werbefilme (Kino-Werbung, TV-Spots)

Kurze Werbefilme, die in den Kinos vor dem Hauptfilm gezeigt werden, können relativ schnell zu Kennzeichen für die Ware oder Dienstleistung werden, die sie ankünden, da sie gegenüber allen anderen Werbemitteln verschiedene sachliche Vorteile aufweisen:

- Die Werbebotschaft wirkt durch die multisensorische(129) Einwirkung auf den Zuschauer besonders intensiv.
- Das Publikum ist im abgedunkelten Raum praktisch gezwungen, die Werbung aufzunehmen.
- Oft ist die Werbung auch mit dem Verkauf der im Film präsentierten Produkte in der Pause verknüpft, so dass die Warennähe relativ gross ist.
- Die grosse Leinwand hat eine starke Wirkung, und es sind längere Filme möglich(130).

128 Ob eine solche Honorierung des Werbeaufwandes erwünscht ist oder nicht, kann dahingestellt bleiben, es geht nur um die Feststellung einer wirtschaftlichen Tatsache.

129 Ansprache über Auge und Ohr; neuerdings sind auch das Geruchskino sowie das dreidimensionale Kino möglich geworden.

130 Vgl. dazu ausführlich Werbung II 1545ff.

Die Einwirkung auf den Zuschauer ist dadurch besonders intensiv und die Kontaktchancen sehr gross(131). Dies verhilft den Werbefilmen im allgemeinen zu einer hohen Kennzeichnungswirkung und bewirkt bei den Zuschauern rasch Assoziationen zu den Produkten oder Dienstleistungen, für die geworben wird(132). Auch bei den Werbefilmen ist zu beachten, dass ein Minimum an Originalität vorliegen muss, damit ein Film überhaupt kennzeichnend wirken kann. Originalität heisst, dass sich die Gestaltung des Filmes nicht am absolut Ueblichen, Klischeehaften(133) orientiert, sondern dass entweder eine eigenartige Idee (die Werbesprache spricht von der "kreativen Idee") oder aber eine spezielle filmische Gestaltung vorliegt.

Bei der Uebernahme einer solchen kreativen Idee im Werbefilm eines Konkurrenten wird jedoch nur in seltenen Fällen eine Verwechslungsgefahr entstehen, denn die Erinnerung wird bei einem Werbefilm sehr stark auch durch die optischen Eindrücke und nicht nur durch die zugrunde liegende Idee geprägt. Die Variationsmöglichkeiten, wie dieselbe Idee auf verschiedene Weise dargestellt werden kann, sind beim Medium Film derart gross, dass nur bei Uebernahme mehrerer wesentlicher Gestaltungselemente (Lichtführung, Szenenablauf, Schnitt, Kulisse, Ton, Schauspieler usw.) ernsthaft von einer Verwechslungsgefahr gesprochen werden könnte. Die Werbeidee an sich ist wiederum nicht geschützt(134).

131 DAVID, Werberecht, 180.

132 In vielen Kinos ist z.B. das Phänomen zu beobachten, dass die Zuschauer schon oft das angepriesene Produkt respektive dessen Marke nennen können, bevor davon im Werbefilm die Rede ist. Bei der Fernsehwerbung, den sogenannten TV-Spots, ist die Situation anders, da der Zuschauer viel weniger direkt mit der Werbung konfrontiert wird und nicht gezwungen ist, zuzuschauen. So wurde nachgewiesen, dass etwa 50% der Fernsehzuschauer neben dem Fernsehen noch andere Tätigkeiten machen: vgl. Werbung II 1041. Der Vorteil der Fernsehwerbung liegt jedoch darin, dass eine Kennzeichnungswirkung durch tägliche Wiederholungen möglich ist.

133 Bekannt sind z.B. die sowohl in der "Idee" als auch im filmischen Aufbau praktisch immer gleichen Waschmittelreklamen, die untereinander völlig austauschbar sind.

134 VON BUEREN N 24 zur Generalklausel; JENE-BOLLAG 90; TROLLER 49ff.

Einzelworte der Werbesprache, die nicht als Marken geschützt werden können, da sie nicht auf der Ware oder Verpackung verwendet werden, können grundsätzlich Ausstattungsschutz beanspruchen(135). Es wird jedoch schwierig und höchstens durch planmässige und sehr intensive Werbung möglich sein, eine verkehrsbekannte Beziehung zwischen einem nur in der Werbung verwendeten Einzelwort und der entsprechenden Ware oder Herkunftsstätte zu erreichen. Viele Neuschöpfungen der Werbesprache sind zwar originell und haben einen entsprechend hohen Aufmerksamkeitsgrad, doch lassen sie sich nur in wenigen Fällen richtig zuordnen(136). Grösser sind die Chancen, wenn das Werbewort auf die Marke des Produktes oder auf die Herkunftsstätte Bezug nimmt(137). Bei Einzelworten besteht ein sehr grosses Freihaltebedürfnis, da diese Worte die Grundelemente der Sprache darstellen(138). Daher ist ein gewisses Mass an Originalität auch bei sehr hoher Verkehrsgeltung zu verlangen(139).

135 VON BUEREN N 23 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d erwähnt Schlagworte.

136 Bsp.: Das Werbewort "frischwärts" kann vielleicht dem Warenbereich "Getränke" zugeordnet werden, aber wohl nur von wenigen Personen auch der richtigen Marke. Dann besteht aber auch keine Verwechslungsgefahr, wenn ein anderer Getränkehersteller dieses Wort in seiner Werbung verwendet. Es kann höchstens eine gewisse Marktverwirrung entstehen, die ebenfalls unerwünscht und bei Fällen von systematischen Uebernahmen u.U. unlauter i.S. der Generalklausel sein kann. Bei Einzelfällen besteht aber kein Schutz.

137 Bsp. "heliomaximal" für "Heliomalt", "pentastisch" für "Pentax"; der Ausdruck "wohnsinnig" kann dagegen kaum einem bestimmten Möbengeschäft zugeordnet werden.

138 KUMMER 82.

139 DIETZE 319 hält Einzelworte der Werbesprache für schutzfähig, wenn sie so ungewöhnlich sind, dass die Mitbewerber sie nicht benötigen.

Auch für Slogans ist der Ausstattungsschutz wichtig, da sie oft aus verschiedenen Gründen nicht als Marke eingetragen werden können(140). Der Ausstattungsschutz an Slogans wird in der Lehre allgemein anerkannt(141). Um eine verkehrsbekannte Verbindung zwischen Slogan oder Warenherkunft zu erzielen, ist auch hier ein erheblicher Werbeaufwand oder eine sehr starke Kennzeichnungswirkung des Slogans erforderlich. Oft wird diese Kennzeichnungskraft in einem besonders originellen oder aussergewöhnlichen Motiv liegen. Verwechslungsgefahr kann dann schon durch die Verwendung desselben Motivs durch einen Mitbewerber entstehen(142). Bei Slogans gilt ebenfalls, dass durch Bezugnahme auf den Namen des Produkts oder durch Integration der Marke in den Slogan rascher eine typisierende Wirkung erreicht werden kann(143). Ein Slogan, der auf die Eigenschaften der Ware Bezug nimmt, kann nicht geschützt werden, es sei denn, diese Bezugnahme erfolge in Form einer blossen Anspielung oder einer originellen Gedankenverbindung(144). Was über die Slogans gesagt wurde, gilt ähnlich auch für Headlines (leitende Schlagzeilen in Inseraten, Plakaten usw.).

140 Slogans sind manchmal zu lang (z.B. "Treibstoff sparen kann man mit dem rechten Fuss oder mit dem rechten Motorenöl"), oder sie werden nur in der Werbung (Fernsehen, Radio, Inserate usw.) verwendet, und es mangelt daher am markenmassigen Gebrauch. Vgl. dazu vorne 22 und 27f.

141 VON BUEREN N 23 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG; ARQUINT 44ff., DAVID, Werberecht, 69; TROLLER 375: "Wenn ein Werbespruch, weil er sich von den anderen klar abhebt oder weil er im Verkehr durchgesetzt ist, die Herkunft der Leistungen oder Waren aus dem Betrieb eines Unternehmens anzeigt, kann dieses den wettbewerbsrechtlichen Schutz (Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG) anrufen. Dieser steht aber nur dem Unternehmen und nicht dem Verfasser zu."

142 Vgl. HG Bern, Mitt. 1970, 278ff. ("Tu den Tiger in den Tank").

143 Z.B. "Lass Dir raten, trinke Spaten"; "Marlboro - Der Geschmack von Freiheit und Abenteuer". Vgl. zur Schwierigkeit der Zuordnung von Slogans, welche keinen Bezug auf die Marke nehmen, die Beispiele in Werbung II 1030.

144 Vgl. vorne 13 und JENE-BOLLAG 90.

Unter Umständen kann durch den Ausstattungsschutz an einem Slogan der Schutzbereich der dazugehörigen Marke erweitert werden. So wurde in Deutschland die Marke "Jägermeister" trotz Fehlens markenrechtlicher Verwechselbarkeit gegenüber "Kräutermeister" geschützt, da für "Jägermeister" mit dem Slogan "Deutschlands meistgetrunkener Kräuterlikör" geworben wurde(145). Dies müsste auch im schweizerischen Recht gelten, wenn zwischen Marke und Slogan eine verkehrsbekannte Beziehung besteht.

Längere Werbetexte (ungefähr alle Texte, die über einen Satz lang sind) sind dagegen zur Kennzeichnung eher ungeeignet, da sie sich nur schlecht einprägen(146). Wohl kann ein bestimmter Textstil für ein Produkt beziehungsweise für dessen Werbung charakteristisch sein, doch kann ein solcher Stil nicht geschützt werden, es sei denn, die Uebernahme des Sprachstils sei Teil der Nachahmung einer ganzen Werbekampagne, was u.U. zu verurteilen wäre.

ff) Titel

Titel von Zeitungen, Zeitschriften und Sammelwerken können dank besonderer Originalität oder häufiger dank erworbener Verkehrsgeltung (z.B. "Neue Zürcher Zeitung", "Frankfurter Allgemeine Zeitung") zum Herkunftszeichen für das entsprechende Verlagsprodukt werden und sind dann als Ausstattung geschützt(147). Keinen Ausstattungsschutz finden dagegen

145 BGH, GRUR 1981, 144; allerdings wurde hier der Schutz über die Generalklausel gewährt, insbesondere wegen Rufausbeutung und Anlehnung, also nicht wegen Verwechselbarkeit.

146 Ebenso PFENNINGER 59.

147 VON BUEREN N 40 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG; BGE 102 II 127 (möglich ist die parallele Anwendung von MSchG und UWG; der Ausstattungsschutz ist vor allem wichtig, wenn kein Eintrag erfolgte), 87 II 44, 77 II 383; HG Zürich, SJZ 66 (1970), 237 (in casu wurde der Schutz verneint, da es sich um einen "schwachen" Titel ohne Verkehrsgeltung handelte).

Roman- oder Spielfilmtitel, da diese Teil des Werkes sind und sich daher nicht als Herkunftshinweis eignen(148). Bei der Frage, ob sich zwei Titel genügend voneinander unterscheiden, muss berücksichtigt werden, dass das Publikum in vielen Fällen (z.B. bei Tageszeitungen) gewohnt ist, sehr genau zu unterscheiden, und schon auf geringe Titelunterschiede reagiert. Die Verwechslungsgefahr wird grundsätzlich erhöht, wenn sich die Schriftzüge ähnlich sind(149) oder wenn Bildzusätze zu einem Titel übernommen werden.

Ueber den Wortlaut und das Schriftbild eines Titels hinaus kann auch die ganze Frontseitengestaltung eines periodisch erscheinenden Druckerzeugnisses oder auch der sogenannte Aushang von Zeitungen und Zeitschriften typisch sein und ist dann als Ausstattung geschützt. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die Variationsmöglichkeiten für die Gestaltung eines Titelblattes an gewisse Schranken gebunden sind und dass daher ein Schutz in den meisten Fällen nur bei genügend grosser Verkehrsgeltung möglich sein wird.

Die Berücksichtigung der Gesamtgestaltung kann auch dazu beitragen, die Verwechslungsgefahr zwischen zwei Titeln zu erhöhen oder zu vermindern(150).

gg) Kataloge, Prospekte, Kalender

Kataloge und Prospekte haben naturgemäss einen immer wieder wechselnden Inhalt und besitzen daher kaum Kennzeichnungscharakter. Bestimmte Elemente der Aufmachung eines Kataloges wie Titelblattgestaltung, Format(151), Material usw., welche immer gleich bleiben, können aber mit der Zeit

148 TROLLER 258.

149 BGE 87 II 44.

150 Vgl. BGE 87 II 47 ("Blick"/"Quick").

151 Vgl. als Beispiel BGE 57 I 62ff.: Katalog im Format eines freundlichen Herrn. (In casu wurde aber der Urheberrechtsschutz geprüft.)

typisch für die Produkte eines bestimmten Herstellers werden und sind dann als Ausstattung geschützt(152). Ähnliches gilt für Prospekte und anderes Direktwerbungsmaterial, sofern dieses öfters mit wechselndem Inhalt, aber mit gewissen gleichbleibenden graphischen Elementen erscheint. Damit solche Werbemittel in der Flut der täglichen Direktwerbung überhaupt jemals eine gewisse Verkehrsgeltung erlangen können, muss eine mehr als nur minimale Originalität verlangt werden, da sonst die Gefahr besteht, dass solche Werbemittel von den Konsumenten gar nicht bewusst wahrgenommen (bzw. bewusst nicht wahrgenommen) werden.

Auch Kalender, die für die Produkte- oder Herstellerwerbung verwendet werden(153), können durch ein charakteristisches, verkehrsbekanntes Layout zum "Markenzeichen" eines bestimmten Herstellers werden und sind dann in ihrer typischen Gestaltung als Herkunftshinweis anzusehen. Auch hier ist aber eine über das Uebliche und Notwendige hinausgehende Gestaltung erforderlich; konkret heisst das z.B., dass der Kalender auch nach Wegdenken der jeweils wechselnden Monatsbilder durch sein spezielles Format, durch die besondere farbliche oder graphische Gestaltung des Rahmens oder durch die charakteristische Anordnung der Tages- und Monatsangaben eine Gestaltung aufweist, die sich vom Gewohnten abhebt.

- 152 Ebenso BAUMBACH/HEFERMEHL N 466 zu § 1 UWG; VON BUEREN N 49 zu Art. 1 Abs. 1 UWG. Das BGer verurteilte die Nachahmung eines Kataloges, da er sich in seiner äusseren Gestalt, dem besonderen Format, der typographischen Ausstattung und auch nach seinem Inhalt "auf den ersten Blick" von anderen ähnlichen Katalogen unterscheide (BGE 46 II 427). In BGE 51 II 351ff. wurde der Schutz eines Kataloges dagegen abgelehnt, da die Ausgestaltung Gemeingut geworden sei und ausserdem ein anderer Kundenkreis und andere genügend unterscheidende Merkmale vorlagen.
- 153 Solche Kalender sind zu unterscheiden von Kalendern, die als selbstständige Ware angeboten und verkauft werden. Bei diesen kann die Ausstattung höchstens als typisch für die Ware "Kalender" gelten, also als eigentliche Warenausstattung. Im obenerwähnten Fall gilt jedoch der Kalender als Werbematerial für andere Waren oder für einen Händler oder Hersteller. Seine charakteristische Gestaltung gilt dann als Kennzeichen der entsprechenden Waren oder des Herstellers oder Händlers.

Nicht als Ausstattung geschützt werden kann der jeweilige (wechselnde) Inhalt solcher Druckerzeugnisse, da er zur Kennzeichnung ungeeignet ist(154).

hh) Verkaufsförderungsmassnahmen, P.O.P.-Werbung

Werbemittel, die direkt am Ort des Warenverkaufs (Point of Purchase, daher der Begriff "P.O.P."-Werbung) eingesetzt werden(155), haben dank ihrer Verkaufsnähe eine ähnlich direkte Verbindung zu den beworbenen Produkten wie beispielsweise die Verpackung. Es fällt dem Konsumenten deshalb entsprechend leicht, den Bezug zur Ware herzustellen und solche Werbemittel schon nach kurzer Zeit als Kennzeichen aufzufassen. Markenartikelhersteller oder -händler nützen diese Situation aus und gestalten die Stände, in denen ihre Produkte angeboten werden, einheitlich, so dass sich der Kunde an der Verkaufsstandgestaltung orientieren kann, um das

154 Ebenso VON BUEREN N 25 zu Art. 1 Abs. 1 UWG. Ausnahmsweise kann der Inhalt aber auch als Ausstattung geschützt sein, z.B. wenn in einem Kalender Motive, welche schon typisch für eine bestimmte Herkunft sind, variiert werden (Bsp.: "Marlboro"-Kalender, welche in typischem Stil typische Motive in verschiedenen Abwandlungen darstellen). In solchen Fällen ist auch der Inhalt typisierend und gilt dann als Kennzeichen. Von kantonalen Gerichten wurde die direkte Uebernahme des Inhaltes von Katalogen zum Teil als unlauteres Verhalten im Sinne der Generalklausel bewertet: Das OG Luzern, SJZ 55 (1959), 261 bezeichnete die Benutzung des Kataloges eines Konkurrenten als Vorspann als unlauter, da schmarotzerisch. Ebenso bezeichnete das HG St. Gallen, SJZ 79 (1983), 130f. die direkte Uebernahme der von einem anderen hergestellten Katalogphotos zur Verwendung in einem eigenen Katalog als unlauter im Sinne der Generalklausel. Das BGer ist bisher diesen Schritt noch nicht gegangen. Eine klare Grundlage für den Schutz vor direkter Uebernahme (Kopieren) von Arbeitsergebnissen, wie sie z.B. Katalogphotos und -texte darstellen, soll mit Art. 5 lit. c EUWG eingeführt werden. Vgl. hinten 176f.

155 Darunter versteht die Werbelehre alle Werbemittel, "die den Abverkauf und Kauf von Waren und Dienstleistungen an den Stätten des Verkaufs und Kaufs (Point of Purchase/Point of Sale) fördern und unterscheiden" (Werbung II 1593). Auch die Werbesprache gesteht diesen Werbemitteln also sowohl eine Werbe- als auch eine Kennzeichnungsfunktion zu.

gewünschte Produkt zu finden¹⁵⁶). Wer solche Verkaufsstandgestaltungen für seine eigenen Produkte nachahmt, täuscht daher unter Umständen die Kunden, welche gewohnt sind, ohne noch gross auf die Marke zu achten, ihre Waren aus solchen Regalen zu nehmen. Die dabei entstehenden Verwechslungen können sich sehr direkt auswirken und bis zum Kauf führen.

Keine Kennzeichnungskraft wird dagegen in der Regel Display- und sonstiges Werbematerial haben, das nur kurzfristig, zur Ankündigung von Sonderangeboten usw., verwendet wird, es sei denn, die jeweiligen Aktionen würden in immer gleichbleibender typischer Gestaltung angezeigt.

11) Schaufensterdekorationen

Schaufenster gehören vor allem im Einzelhandel zu den wichtigsten Werbemitteln und Werbeträgern. Im Normalfall eignen sie sich wenig zur Kennzeichnung, da sie häufig gewechselt und je nach Saison umgestaltet werden. In Ausnahmefällen kann jedoch das Schaufenster eines Einzelhändlers, das über eine lange Zeit beibehalten wird oder eine ähnliche Gestaltung von einer gewissen Eigenart beibehält, zum Kennzeichen dieses Gewerbetreibenden und seiner Waren werden und kann dann Ausstattungsschutz beanspruchen.

Daneben gibt es aber auch sogenannte Einheitsfenster, welche von grossen Markenartikelherstellern den Detaillisten zur Verfügung gestellt werden, damit eine einheitliche Präsentation ihrer Waren sichergestellt ist. Es muss sich dabei nicht um Gestaltungen ganzer Schaufenster handeln, son-

¹⁵⁶ Die Werbesprache spricht vom sogenannten "Permanent-Design". Der Unterschied zur Ladeneinrichtung besteht darin, dass die Verkaufsstände produktbezogene Einheiten innerhalb der Ladeneinrichtung sind (vgl. Werbung II 1593).

deres können auch nur Teile der Auslage sein, welche auf die Produkte des Markenherstellers hinweisen. Sind solche Gestaltungen dank einer gewissen Eigenart genügend unterscheidungskräftig, so können sie sich zum Kennzeichen für den betreffenden Hersteller und dessen Produkte entwickeln und sind dann bei genügend hoher Verkehrsgeltung gegen Nachahmung geschützt(157). Zu den Werbemitteln, die einen Betrieb gegen aussen kennzeichnen, können auch Leuchtreklamen, die besondere Gestaltung von Aushängeschildern, die Gestaltung ganzer Fassaden usw. gezählt werden.

jj) Tonsignete, Geruchs-, Geschmacks- und Tastzeichen

Tonsignete (kurze Melodien und Tonfolgen sowie eigenartige Geräusche) werden in der Radio- und Fernsehwerbung mit Vorliebe eingesetzt, um bestimmte Produkte zu kennzeichnen oder die Werbung eines bestimmten Unternehmens anzukündigen. Solche Signete haben im allgemeinen dank ihrer Kürze und Einprägsamkeit einen hohen Erinnerungswert und eine rasche Kennzeichnungswirkung(158). Dies wird durch den Umstand gefördert, dass diese Signete oft auch unbewusst wahrgenommen werden, da eine direkte, bewusste Zuwendung zum Werbeträger (z.B. Radio, Fernseher) gar nicht nötig ist, wie dies bei den visuellen Werbemitteln der Fall ist. Bei dem in dieser Arbeit

157 Ebenso BAUMBACH/HEFERMEHL N 472 zu § 1 UWG; ähnlich HESS 45.

158 Im Gegensatz zu Tonfolgen, die dank der Mikroelektronik auf Glückwunschkarten usw. angebracht werden und dort ausschliesslich eine Werbefunktion erfüllen und evtl. sogar als Teil der Ware angesehen werden müssen (vgl. vorne 31), erfüllen die hier besprochenen Tonsignete eine echte Kennzeichnungs- und Herkunftsfunktion.

verwendeten weiten Begriff der Verwechslungsgefahr kann auch die Uebernahme solcher akustischer Erkennungszeichen unter Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG subsumiert werden(159).

Die Möglichkeit, auch Geruchs-, Geschmacks- und Tastschichten als Ausstattung oder allgemein als Kennzeichen, zu schützen, wurde in der Literatur vereinzelt diskutiert(160). Bis heute sind keine Produkte bekannt, bei denen solche Zeichen effektiv zur Kennzeichnung verwendet wurden oder vom Verkehr als Kennzeichen aufgefasst werden.

IV. Schutz aus Art. 1 Abs. 1 UWG (Generalklausel)

Auch bei einer weiten Auslegung des Begriffs der Verwechslungsgefahr können immer wieder Tatbestände vorkommen, bei denen von einer eigentlichen Verwechslungsgefahr zwischen zwei Ausstattungen nicht mehr gesprochen werden kann. Gerade bei Werbemitteln im engeren Sinn, aber auch bei den als Ausstattung geschützten Waren- und Verpackungsgestaltungen bestehen zahlreiche Möglichkeiten, eine eigentliche Verwechslungsgefahr auszuschliessen, aber dennoch eine sehr starke Annäherung an das Original zu erreichen. Eine Schädigung der Originalausstattung - sei diese eine typische Warengestaltung, ein bekannter Werbespruch oder eine Werbefigur - durch das Auftauchen vieler Kopien muss aber auch dann bejaht

159 PFENNINGER 64 weist auf den Umstand hin, dass akustische Zeichen im Moment des Kaufs, wo die Möglichkeit zur Verwechslung bestehe, nicht auf den Konsumenten einwirken können. Er geht somit von einer engen Auslegung des Begriffs der Verwechslungsgefahr aus.

160 DAVID N 21 zu Art. 1 MSchG; MARBACH 29; PFENNINGER 63f.; SCHLUEP 30; vgl. auch vorne 32f.

werden, wenn der Nachahmer genügend Vorkehren getroffen hat, um eine eigentliche Verwechslungsgefahr auszuschliessen. Insbesondere wird in vielen Fällen der exklusive Charakter eines Werbemittels tangiert werden, oder es findet eine sonstige übermässige Behinderung des Inhabers der Originalausstattung statt.

Da gegen solche Beeinträchtigungen in keinem Spezialtatbestand ein Schutz geboten wird, muss versucht werden, aus der Generalklausel einen Schutz abzuleiten. Da die Generalklausel jedoch nicht dazu verhelfen soll, vorbehaltlos sämtliche andersweitig nicht geschützten Werbemittel zu schützen(161), gestaltet sich der Weg über Art. 1 Abs. 1 UWG relativ schwierig. Es müssen qualifizierende Umstände vorliegen, welche eine Nachahmung, die nicht zu einer Verwechslung oder Täuschung führen, als unlauter erscheinen lassen. Im folgenden werden einige Tatbestände angeführt, welche als unlauter im Sinne der Generalklausel zu qualifizieren sind. Die Aufzählung ist jedoch entsprechend dem offenen Charakter der Generalklausel nicht als abschliessend zu verstehen.

a) Das BGer erblickte einen qualifizierenden Umstand darin, dass eine Nachahmung aufgrund einer unerlaubten oder illoyalen Handlung erfolgte, dass sich also der Nachahmer die Kenntnis der Ausstattung überhaupt erst durch eine solche Handlung verschaffen konnte(162). Als illoyale Handlung kann z.B. der Tatbestand angesehen werden, dass jemand Entwürfe

161 Vgl. BGE 108 II 75, 108 II 332. Bezüglich der Nachahmung von Waren- und Verpackungsgestaltungen betonte das BGer mehrfach ausdrücklich, dass selbst die sklavische Nachahmung, soweit sie nicht zu Verwechslungen führe, an sich erlaubt sei: BGE 105 II 302, 104 II 334, je mit weiteren Hinweisen. Zur deutschen Rechtsprechung zu § 1 UWG bezüglich der Nachahmung von Produktgestaltungen vgl. die neueren Aufsätze von KRUEGER, Ch.: Der Schutz kurzlebiger Produkte gegen Nachahmung (Nichttechnischer Bereich), GRUR 1986, 115ff. und WILHELM, H.: Der Schutz kurzlebiger Produkte gegen Nachahmung (Technische Produktgestaltungen), GRUR 1986, 126ff., beide je mit zahlreichen Hinweisen auf die neuere Literatur und Praxis. Die in diesen Aufsätzen vertretenen, zum Teil relativ weit gehenden Auffassungen lassen sich nur beschränkt auf die Rechtslage in der Schweiz übertragen.

162 BGE 90 II 57f., 77 II 263ff.

oder Muster, die ihm aufgrund eines Vertragsverhältnisses zur Ansicht übergeben wurden, für sich selber verwertet, ohne dem Entwerfer die Ausführung zu übertragen oder ihn für die Vorarbeiten entsprechend abzugelten. Diese Problematik kann sich im Verhältnis zwischen Werbeagentur und Kunde stellen, wenn der Kunde die ihm anlässlich einer Präsentation gezeigten Entwürfe zurückweist, aber Teile davon selber verwendet und von seiner eigenen internen Werbeabteilung ausführen lässt¹⁶³). Wann in einem solchen Verhalten eine unerlaubte oder zumindest illoyale Handlung zu sehen ist, lässt sich nur im Einzelfall beantworten. Folgende Vorfragen sind vorab zu klären:

- Wie lauten die vertraglichen Vereinbarungen zwischen Werbeagentur und Kunde?
- Wieweit wurden die bis zur Präsentation geleisteten Vorarbeiten abgegolten?
- Waren die Entwürfe schon ausführungsbereit, oder stellten sie mehr oder weniger erst die Skizzierung einer Idee dar? (Das UWG kann nicht verhindern, dass ein Kunde eine noch nicht näher ausgestaltete Idee, die ihm von der Agentur präsentiert wurde, übernimmt und selber ausführt.)
- Wieweit ist die Ausführung des Werbemittels durch den Kunden dem von der Werbeagentur präsentierten Entwurf ähnlich?

163 Da es dabei primär um ein vertragliches Problem handelt, das weitgehend das interne Verhältnis zwischen Werbeagentur und Kunde betrifft, wird diese Problematik hier nur kurz angedeutet. Als Beispiel für eine einheitliche Vertragsregelung des Verhältnisses zwischen Werbeagentur und Kunde vgl.: "Arbeitsgrundsätze und Honorarordnung" des Bundes Schweizer Werbeschaffender.

Als eindeutig unlauteres Verhalten wäre demnach z.B. der Tatbestand zu beurteilen, dass der Kunde einen ihm vorgelegten Entwurf, der praktisch bis ins Detail ausgestaltet ist, für sich kopiert und diesen Entwurf dann aufgrund der Kopie fast ohne eigenen Aufwand ausführen kann. Eindeutig nicht als unlauteres Verhalten wäre dagegen der Tatbestand zu bewerten, dass ein Kunde einige Vorschläge, die ihm anlässlich einer Präsentation als grobe Skizzen unterbreitet wurden, in ihrer Grundidee verwertet, aber mit eigenen Mitteln und eigenem Aufwand diese Ideen selber gestaltet und ausführt.

b) Einen qualifizierenden Umstand sieht das BGer auch darin, dass sich ein Konkurrent planmässig oder systematisch an eine fremde Ausstattung anschleicht. In einem solchen Fall liegt eine Häufung von raffinierten Nachahmungen vor, die immer an der Grenze der Verwechselbarkeit bleiben. In dieser Häufung wird unlauteres Verhalten erblickt(164). In subjektiver Hinsicht verlangt das BGer zusätzlich die Absicht, das Konkurrenzprodukt in "schmarotzerischer Weise" auszubeu-ten(165).

c) Als unlauteres Verhalten sollte auch der Tatbestand beurteilt werden, dass sich ein Konkurrent dauernd mit einer Vielzahl von Nachahmungen an eine Vielzahl von Ausstattungen eines Konkurrenten annähert, bei jeder einzelnen Nachahmung aber an der Grenze der Verwechselbarkeit bleibt(163). Die

164 BGE 105 II 302; 104 II 334 mit Verweis auf KUMMER, ZBJV 107 (1971), 228 und DAVID 392. Vgl. auch VON BUEREN N 15 zur Einleitung. Die vom BGer primär für den Ausstattungsschutz von Waren- und Verpackungsgestaltungen entwickelten Grundsätze können weitgehend analog auch auf Werbemittel i.e.S. angewendet werden.

165 Ein schuldhaftes Verhalten wird im UWG an sich nicht vorausgesetzt (BGE 109 II 488, 91 II 24; VON BUEREN N 15 zur Einleitung); die subjektive Seite kann aber ein Indiz für die Beurteilung der objektiven Tatbestandsmerkmale bilden.

166 Ebenso KUMMER, ZBJV 107 (1971), 228 und ZBJV 117 (1981), 160. Muss eine solche Vielzahl von Annäherungen dargelegt werden, so kann sich der Kläger aber nur auf Verletzungen berufen, die gegenüber ihm selbst erfolgten. Verstösse gegen Konkurrenten dürfen nicht dazu gerechnet werden (wie dies offenbar von der Klägerin in BGE 95 II 198 geltend gemacht wurde). Vgl. auch BGE 104 II 333f.

Unlauterkeit ist hier darin zu erblicken, dass der Mitbewerber durch solches Verhalten in seiner Innovationsfreude gelähmt wird und es ihm kaum mehr möglich ist, eine eigene persönliche Ausstattung aufzubauen(167). Ein ähnlicher Fall liegt dann vor, wenn die Nachahmung einer Ausstattung nur einen Teil der systematischen Nachahmung eines ganzen Werbe- und Vertriebskonzeptes darstellt(168).

d) Bei der Beurteilung der Unlauterkeit einer Nachahmungshandlung kann auch das zeitliche Moment eine entscheidende Rolle spielen. Qualifizierend kann sich auswirken, dass ein Konkurrent unmittelbar nach der Neuerscheinung einer Ausstattung diese sofort kopiert und so demjenigen, der das Produkt neu auf den Markt bringt, den Vorteil der Neuheit und der Originalität gänzlich zunichte macht. Dies kann bei sehr originellen Werbemitteln, die wegen ihrer Neuheit und Eigenartigkeit schon nach kurzer Zeit eine gewisse Bekanntheit und Verkehrsgeltung erlangen, zu einer übermässigen und unlauteren Behinderung führen, da der Markterschliesser gar nicht mehr Gelegenheit hat, die hohen Kosten für eine Neuentwicklung wenigstens in der Einführungsphase zu amortisieren. Eine solche Situation widerspricht einem gesunden Wettbewerb, der normalerweise darauf aufbaut, dass derjenige, welcher erstmals etwas Neues auf den Markt bringt, zumindest in der Einführungsphase von seiner Alleinstellung soll profitieren können, um sich für seine Bemühungen und Kosten entschädigen zu können(169).

167 Ähnlich BAUMBACH/HEFERMEHL N 462 zu S 1 UWG, der ein solches Verhalten als "sittenwidrige Behinderung" bezeichnet.

168 Ebenso DAVID, Werberecht, 392f. und DAVID, Wettbewerbsrecht, 23. Vgl. dazu ausführlich nachfolgend 167ff.

169 Das HG Zürich, SJZ 66 (1970), 362f. führte aus, dass ein qualifizierender Umstand darin zu erblicken wäre, dass ein Verleger dazu überginge, Neudrucke gemeinfreier Werke sogleich photomechanisch zu übernehmen, um damit die Erstverleger zu konkurrenzieren. Damit würde jede vernünftige verlegerische Planung verunmöglicht und die Initiative zu Neuausgaben zerstört. Als massgebend für die Unlauterkeit eines solchen Verhaltens wurde insbesondere der Zeitfaktor angesehen. Vgl. auch die Ausführungen des BGer in BGE 108 II 75ff.

e) In kantonalen Urteilen wurde vereinzelt auch das direkte Kopieren fremder Arbeitsergebnisse als unlauter im Sinne der Generalklausel beurteilt¹⁷⁰). Das BGer ist diesen Schritt noch nicht gegangen, da es vom an sich richtigen Grundsatz ausgeht, dass in einem freien wirtschaftlichen Wettbewerb die Uebernahme nicht geschützter fremder Arbeitsergebnisse erlaubt ist, auch wenn diese mit viel Mühe und Kosten verbunden waren¹⁷¹). Es wurde jedoch erkannt, dass dieser Grundsatz dann zu unzumutbaren Resultaten führt, wenn solche Arbeitsergebnisse ohne den geringsten Eigenaufwand übernommen werden können, was vor allem durch neuartige Kopiertechniken immer einfacher geworden ist. Im Entwurf zu einem neuen UWG ist daher ein sogenannter Leistungsschutz vorgesehen, der im folgenden kurz umrissen wird.

170 Das HG St. Gallen, SJZ 79 (1983), 130f. bezeichnete die direkte Uebernahme der von einem anderen hergestellten Katalogphotos zur Verwendung in einem eigenen Katalog als unlauter. Das OG Luzern, SJZ 55 (1959), 261 bezeichnete die Benutzung des Kataloges eines anderen als Vorspann als unlauter, da schmarotzerisch. Im schon mehrfach erwähnten Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt, SJZ 47 (1951), 362 ("Gibbs") wurde dargelegt, dass die Uebernahme einer Reklameidee mit gleichzeitiger Uebernahme einer besonders prägnanten Ausgestaltung dieser Idee als unlauter im Sinne der Generalklausel zu verurteilen wäre. (In der vorliegenden Arbeit wurde ein solches Verhalten gemäss dem verwendeten weiten Begriff der Verwechslungsgefahr eher unter Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG subsumiert, sofern zwischen Reklame und Ware eine verkehrsbekannte Beziehung bestande.) In einem neueren Urteil des OG Zürich, Mitt. 1985, 225, wurde die direkte Uebernahme einer nicht geschützten Photographie moralisch verpönt, da ein solches Verhalten an der Grenze des rechtlich Zulässigen liege. Diese Beurteilung des genannten Verhaltens führte zwar nicht zu einer direkten Verurteilung nach UWG, wurde aber immerhin bei der Tragung der Verfahrenskosten berücksichtigt.

171 BGE 108 II 332 mit Hinweisen. In BGE 108 II 75 hielt das BGer aber immerhin fest, dass die sklavische Nachahmung einer Ware, welche dank ihrer Neuheit grossen Absatz finde und sehr gefragt sei, sich also auch in ihrer äusseren Kennzeichnung im Verkehr rasch durchsetze, eine "besonders krasse Ausbeutung fremder Leistung" darstelle, insbesondere dann, wenn es für die Hersteller gleichartiger Waren zahlreiche andere Gestaltungsmöglichkeiten gäbe. (Die Beurteilung des Tatbestandes erfolgte aber schliesslich unter Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG.)

§ 14. Anhang: Leistungsschutz

Der Entwurf für ein neues UWG enthält in Art. 5 auch eine neuartige Regelung über einen sogenannten Leistungsschutz. Nach Art. 5 lit. c handelt insbesondere unlauter, wer "das marktreife Arbeitsergebnis eines anderen ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet" (172). Mit der Einführung einer solchen Bestimmung würden sich für verschiedene Werbemittel neue Schutzmöglichkeiten ergeben, und Lücken im Rechtsschutz würden geschlossen. So könnten insbesondere Werbemittel, die mit einem grossen Aufwand an geistiger und/oder materieller Arbeit hergestellt wurden (173), aber wegen ihrer Banalität oder mangelnden Neuheit keinerlei spezialgesetzlichen Schutz beanspruchen könnten, nach dieser Bestimmung geschützt werden. Zu denken ist etwa an Kataloge und Prospekte mit Warenabbildungen, welche oft unter grossem technischem und zeitlichem Aufwand entstanden sind, dazu begleitende Texte enthalten, welche formuliert, korrigiert und gesetzt werden mussten. Ebenso könnten Photographien, die nicht als Werke im Sinne des Urheberrechts gelten, aber oft unter grosser Mühe (z.B. Werbeaufnahmen an exotischen Standorten) oder mit grossem Aufwand (z.B. banale, aber technisch hochwertige Produkteabbildungen) entstanden, hinreichend vor direkter Uebernahme geschützt werden. Unter den Schutz könnten auch Preislisten oder sonstige tabellarische Aufstellungen, längere Werbetexte (174) oder aber auch Waren- und Verpackungsformen fallen.

172 In lit. a des betreffenden Artikels wird auch das unbefugte Verwerten eines anvertrauten Arbeitsergebnisses wie Offerten, Berechnungen und Pläne als widerrechtliche Verwertung fremder Leistung dargestellt. Diese Bestimmung kann im Verhältnis zwischen Werbeagentur und Kunde, bei Entwürfen, ausgestalteten Vorschlägen usw. von Bedeutung werden.

173 Vgl. Botschaft zum EUWG, BBl. 1983 II, 1069, wo sich auch Hinweise auf die bisherige Diskussion über den Schutz der Arbeitsleistung finden. Hinweise auch bei TROLLER 951 Anm. 264.

174 Zur Problematik des Schutzes von kurzen Werbetexten (Slogans, Headlines usw.) vgl. vorne 103f. und TRAUB 192.

Der Schutz von Art. 5 lit. c EUWG geht dahin, dass solche mit Mühe errungenen Arbeitsergebnisse nicht einfach kopiert werden dürfen (gemeint sind sogenannte technische Reproduktionsverfahren wie Photokopieren, Nachgiessen, Nachpressen usw.), sondern dass ihre Uebernahme höchstens mit einem angemessenen eigenen Aufwand erlaubt ist. Konkret bedeutet dies, dass z.B. ein sonderrechtlich nicht geschützter Katalog eines Konkurrenten nicht einfach für eigene Zwecke fotokopiert werden darf. Dagegen bleibt es einem Mitbewerber erlaubt, einen Katalog in praktisch gleicher Aufmachung und textlicher Gestaltung selber herzustellen, da ja davon ausgegangen wird, dass an der Gestaltung des Kataloges kein Sonderrecht besteht und er auch nicht als Kennzeichen eines bestimmten Wettbewerbers aufgefasst wird. Ebensowenig dürften beispielsweise von den Photos eines Konkurrenten, die am Nordpol gemacht wurden, Abzüge gemacht werden, dagegen bleibt es jedem Photographen unbenommen, selber an den Nordpol zu reisen und dort an genau demselben Standort und zur genau gleichen Zeit genau die selben Photos zu machen. Darin liegt der ganz wesentliche Unterschied zu einem spezialrechtlichen Schutz, der in gewissen Grenzen ein Monopol am Inhalt, an der geistigen Schöpfung bietet. Keinesfalls ist der vorgesehene Leistungsschutz als ein Schutz von Ideen oder Methoden und ebensowenig als eine Erweiterung der spezialgesetzlichen Monopole anzusehen(175).

175 TROLLER 955: "Der numerus clausus zieht nur eine Grenze im Bereich der geistigen Güter. Wenn sie frei sind, darf jeder sie benützen, auch wenn sie das Ergebnis eines grossen geistigen und materiellen Aufwandes sind. Die Ergebnisse materieller Leistung hingegen, wozu auch das Ergebnis eines Arbeitsaufwandes gehört, sind jenem vorbehalten, der sie erbracht hat." Zur vorgesehenen Leistungs-schutzregelung im allgemeinen vgl. auch TROLLER, A.: Gedanken zur Bedeutung des Leistungsschutzes im Entwurf für ein neues schweizerisches Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, GRUR Int. 1985, 94ff.

S 15. Schutz von Werbekonzeptionen

I. Begriff

Die Werbung für Markenartikel ist heute zunehmend dadurch geprägt, dass sie nicht nur aus einer mehr oder weniger zufälligen Häufung von Einzelmassnahmen besteht, sondern dass jede einzelne Werbemassnahme in ein Gesamtkonzept eingefügt ist. Die Werbeplanung setzt dabei schon bei der Entwicklung des Produktes und seiner Verpackung ein, wo darauf geachtet wird, dass zwischen dem Produkte- und dem geplanten Werbestil eine möglichst weitgehende Uebereinstimmung erzielt werden kann(176). In einem Werbeplan wird dann festgelegt, wo, wann und wie geworben werden soll, welche Werbemittel und -träger zum Einsatz kommen sollen, welches Zielpublikum (welches Marktsegment) angesprochen werden soll, welcher Stil verwendet wird. Solche Werbekonzeptionen werden besonders in Phasen intensiver Werbetätigkeit, wie z.B. bei der Neueinführung eines Produktes, oder zur Reaktivierung des Verkaufs von bereits eingeführten Produkten (sog. Relaunch) eingesetzt. Sie können aber auch als Grundlage der Werbung für eine ganze Produktelinie oder sogar für ein ganzes Unternehmen Gültigkeit haben. Bei grösseren Konzernunternehmen oder z.B. bei Restaurant- und Tankstellenketten ist es auch üblich, dass von einer zentralen Stelle aus sämtliches Werbe- und Verkaufsförderungsmaterial den Einzelhändlern zur Verfügung gestellt wird, um in allen Filialen und Zweigstellen ein einheitliches Bild zu garantieren(177).

176 Vgl. WISWEDE 157, der für eine gute Werbung verlangt, dass Werbe- und Produktstil harmonieren, da das Markenartikelbild aus Produkte-, Verpackungs- und Werbestil zusammengesetzt werde.

177 Sog. Franchise-System (vgl. dazu DICHTL 29f.). Bsp.: Es werden einheitliche Verkaufsstandgestaltungen, Preisschilder, Deckenhänger, Regalstopper, Menükarten, Tischsets, Werbegeschenke usw. geliefert. Grundsätzlich sollte natürlich mit solchen Massnahmen auch eine Ueberwachung der Angebots- und Dienstleistungsqualität einhergehen, sonst kann die einheitliche Werbung dazu führen, dass eine schlechte Filiale den Ruf aller anderen Filialen gefährdet. Vgl. als Beispiel auch den Tatbestand von BGE 109 II 483ff. ("Computerland").

II. Rechtliche Beurteilung

1. Allgemeines

Werbung, die aufgrund eines solchen Konzeptes gemacht wurde, zeichnet sich vielfach dadurch aus, dass sie vom Publikum relativ schnell dem angepriesenen Produkt zugeordnet werden kann, da vom Produkt über die Verpackung bis zu den einzelnen Werbemitteln gewisse einheitliche Stilmerkmale⁽¹⁷⁸⁾ erkennbar sind. Es ist verständlich, dass solche Werbekonzeptionen, besonders wenn sie sich als erfolgreich erweisen, Nachahmungen anziehen. Vor allem bei der erfolgreichen Neueinführung von Produkten erhoffen sich manche Konkurrenten, sie könnten mit ähnlich ausgestalteten Produkten und ähnlicher Werbung vom Erfolg des Originalproduktes profitieren. Grundsätzlich ist ein solches Verhalten ein natürlicher und sogar erwünschter Vorgang in jedem System, das den freien Wettbewerb kennt⁽¹⁷⁹⁾. Es ist grundsätzlich erlaubt, ein ähnliches Produkt auf den Markt zu bringen, sofern das Original nicht durch ein Patent-, Urheber- oder Modellrecht geschützt ist. Ebenso dürfen eine ähnliche Vertriebsmethode aufgebaut und ähnliche Werbemittel verwendet werden, soweit keine spezialgesetzlichen Bestimmungen entgegenstehen. Solche Imitationen eines neuen Gestaltungskonzeptes können für den Initiator unter Umständen sogar positive Wirkungen haben, indem sie die Verbreitung und Durchsetzung erleichtern oder sie sogar erst ermöglichen⁽¹⁸⁰⁾.

178 Die Werbesprache spricht auch von sogenannten Werbekonstanten. Dies sind ständig wiederkehrende Elemente der textlichen oder graphischen Werbegestaltung, die zur Vereinheitlichung der Werbung eines bestimmten Herstellers führen sollen. Beispiel: Werbung für die Zigarettenmarke "Muratti": Stilmerkmal ist eine alltägliche Kombination von Grundfarben: Verpackung mit blau-roten Streifen; Bild- und Wortmarke teilweise blau-rot; Slogan: "go ahead in blue and red"; Werbeplakate mit den dominierenden Grundfarben; Verkaufsförderungsartikel (T-Shirts, Uhren, Feuerzeuge) und Display-Material in blau-rot.

179 SCHNEIDINGER 57 weist darauf hin, dass erst die Nachahmung den in einer freien Wirtschaft erwünschten raschen Fortschritt ermögliche.

180 HANSEN 99.

Dennoch können derart umfassende Nachahmungen sehr schnell dazu führen, dass das grundsätzlich erlaubte Verhalten in einen wettbewerbswidrigen Tatbestand umschlägt, insbesondere dann, wenn die Gefahr der Publikumstäuschung besteht oder wenn die systematische Nachahmung zu einer unzumutbaren Behinderung des Mitbewerbers führt(181). Daher sind solche Tatbestände in ihrer Gesamtheit nach den vorgängig dargelegten Kriterien auf ihre Wettbewerbsmässigkeit hin zu untersuchen. Bei der Beurteilung ist zu berücksichtigen, dass gut geplante und konsequent realisierte Werbekonzeptionen sehr empfindlich gegen Störungen von dritter Seite sind(182). Das durch die Werbung aufgebaute Image kann sehr schnell Schaden nehmen, wenn ein Konkurrent eine ähnliche Werbung einführt, von der dann Teile dem Originalprodukt zugerechnet werden und beispielsweise in einem falschen Medium oder einem falschen Werbeumfeld plaziert werden. Je komplexer ein solches Gebilde ist, desto verletzlicher wird es.

181 Vgl. schon den Tatbestand in ZR 45 (1946), 363ff., wo eine "Reihe systematischer Verstösse und mannigfacher Veranstaltungen" des Beklagten zu beurteilen waren, welche zum Ziel hatten, die Art der klägerischen Geschäftsreklame täuschend nachzuahmen. Als weiteres Beispiel für einen solchen umfassenden Nachahmungstatbestand vgl. den Sachverhalt, der dem "Pub Squash"-Entscheid zugrundelag (zusammengefasst in GRUR Int. 1982, 192f.): Die Klägerin hatte ein neuartiges Erfrischungsgetränk auf den Markt gebracht und dieses mit sehr intensiver Werbung, mit charakteristischen Werbethemen usw. eingeführt. Die Beklagte führte ein geschmackgleiches Getränk ein, ähnlich ausgestattet, mit ähnlichen Werbesprüchen, ähnlichen Werbethemen und ähnlichem Layout. Vgl. auch das Beispiel bei SCHRAMM 370: Ein Gewerbetreibender stellt die Ware eines Wettbewerbers äusserlich ähnlich her. Es wird aber kein Schutzrecht und auch nicht die Norm vom sklavischen Nachbau verletzt. Er nennt sein Erzeugnis ähnlich; die Bezeichnung des Originalprodukts ist aber nicht geschützt. Er ahmt die Werbung nach. Er liefert aber schlechtere Ware. SCHRAMM bezeichnet ein solches Verhalten als Gesamttatbestand unzulässig wegen der sogenannten Summenwirkung. Die Theorie der Summenwirkung lässt sich aber nur bedingt für das schweizerische Recht übernehmen.

182 Ebenso WISWEDE 157.

a) Voraussetzungen

Ist das Ziel einer Nachahmung eine ganze Werbekonzeption, so wird es einem Nachahmer eher möglich sein, sich bei jedem einzelnen Schritt an der Grenze der Verwechselbarkeit zu halten und auch darauf zu achten, keine bestehenden spezialgesetzlichen Bestimmungen zu verletzen. Sein Ziel, vom Goodwill der bereits gut eingeführten Werbekampagne seines Konkurrenten und eventuell auch von der Möglichkeit von Falschzurechnungen zu profitieren, wird er trotzdem erreichen, da durch das Zusammenwirken aller Nachahmungshandlungen insgesamt eine sehr grosse Ähnlichkeit entstehen wird. Eine rechtliche Qualifikation der jeweils getroffenen Einzelmassnahmen würde kaum ein wettbewerbswidriges Verhalten ergeben. Da jedoch davon ausgegangen wird, dass es sich bei der nachgeahmten Werbekampagne um eine einheitliche, von einem Grundkonzept, welches alle Einzelmassnahmen bestimmt, gesteuerte Aktion handelt, ist auch die systematische Nachahmung einer solchen Werbekonzeption als eine Einheit zu betrachten und rechtlich zu würdigen. Demnach sind nicht die getroffenen Einzelmassnahmen auf eine mögliche Verwechslungsgefahr hin miteinander zu vergleichen, sondern es sind alle Nachahmungen gemeinsam als ein Gesamttatbestand zu würdigen¹⁸³. Nur mit einer solchen Betrachtung kann eine Nachahmung in einem solchen Umfang rechtlich adäquat erfasst werden. Zu fragen ist mit anderen Worten, ob die Summe aller (im einzelnen nicht verwechselbaren) Schritte des Nachahmers zu einer Verwechslung mit der Summe aller Werbemassnahmen für das Originalprodukt führt. Eine solche Gesamtbetrachtung kann

183 Ähnlich DAVID 392f. Vgl. zum Grundsatz der Gesamtbetrachtung auch VON BUEREN N 15 zur Einleitung; TROLLER 428.

aber nicht ohne weiteres zur Anwendung kommen, sondern ist nur statthaft, wenn verschiedene Voraussetzungen erfüllt sind.

- Einerseits muss die Werbekampagne, welche nachgeahmt wird, deutlich erkennbar ein geschlossenes Ganzes bilden. Dem Werbetreibenden muss es mit anderen Worten gelungen sein, dem Publikum den Eindruck einer einheitlichen, zusammenhängenden Reihe von Werbemaßnahmen zu vermitteln. Ist für den durchschnittlichen Betrachter ein solcher Gesamtzusammenhang nicht ersichtlich, weil der Werbetreibende keinen einheitlichen Stil gefunden hat oder weil die einzelnen Massnahmen und ihre Abfolge ungenügend organisiert wurden, so darf auch keine Gesamtwürdigung stattfinden, sondern es sind wiederum die jeweils sich entsprechenden Einzelmaßnahmen des Nachahmers und des Werbetreibenden, der als erster mit der Werbekampagne begann, miteinander zu vergleichen.

- Untersagt werden kann nur die Nachahmung einer Werbekonzeption, welche genügend eigene Unterscheidungskraft besitzt(184). Beschränkt sich die Werbekampagne auf allgemein in der Branche übliche Werbethemen und -gestaltungen, so dürfen diese selbstverständlich von anderen Konkurrenten ebenfalls verwendet werden(185). Einer solchen Werbung, mag sie auch noch so intensiv und umfassend betrieben werden, fehlt grundsätzlich die Eignung, als Herkunftshinweis zu dienen,

184 VON GAMM 129 verlangt "wettbewerbsrechtliche Eigenart".

185 So ähneln sich z.B. die Werbekonzepte der sogenannten "Fast-Food"-Lokale sehr stark: ähnliche Produktpalette, ähnliche Bezeichnungen, ähnliche Ladeneinrichtung, ähnliches Display-Material, identisches Verkaufssystem, ähnliche Sonderaktionen usw. Keine der grossen Vertriebsketten kann daher für sich das Monopol an diesem System beanspruchen; untersagt werden können nur zu starke Annäherungen an einzelne Werbemittel.

und ein Ausstattungsschutz ist daher höchstens bei hoher Verkehrsgeltung möglich. Um der Gefahr eines reinen Ideenschutzes vorzubeugen, ist m.E. sogar eine besonders grosse werbliche Eigenart der gesamten Kampagne zu verlangen, dies auch dann, wenn der Ausstattungsschutz aufgrund der erreichten Verkehrsgeltung gewährt wird, da das Freihaltebedürfnis um so grösser wird, je umfassender der zu schützende Sachverhalt ist.

- Auf der anderen Seite müssen auch die Nachahmungen des Konkurrenten eine gewisse Systematik und Planmässigkeit erkennen lassen(186). Werden nur mehr oder weniger zufällig und ohne erkennbares System einzelne Teile einer Kampagne übernommen, so sind diese Nachahmungen auch nur einzeln auf ihre Rechtmässigkeit zu untersuchen. Auch bei einer solchen Einzelbetrachtung ist allerdings zu berücksichtigen, dass schon die Uebernahme eines einzelnen Werbemittels aus einer fremden Werbekampagne genügen kann, um diese Kampagne empfindlich zu storen. Der Grund dafür liegt darin, dass bei einer Vielzahl von Werbemitteln eines Wettbewerbers ein ähnliches Werbemittel eines Konkurrenten viel schneller als eine Variation der Werbekampagne des ersteren angesehen wird und dann fälschlicherweise diesem zugerechnet wird. Solche Falschzurechnungen können das sorgfältig aufgebaute Image der Originalwerbekampagne unter Umständen sehr stark stören, insbesondere, wenn solche Kopien in den falschen Medien oder zum falschen Zeitpunkt plazierte werden. Allgemein muss daher verlangt werden, dass von einer ganzen zusammenhängenden Werbelinie ein grosserer Abstand eingehalten wird(180).

186 Aehnlich VON GAMM 129, der verlangt, dass die Summe aller Einzelmassnahmen in ihrer Gesamtwirkung zu einem neuen Tatbestand führe.

187 Vgl. auch vorne 138.

Zusammenfassend müssen also folgende Voraussetzungen erfüllt sein, damit die Nachahmung einer Werbekampagne trotz fehlender Verwechselbarkeit bei den einzelnen Werbemitteln dennoch nach Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG untersagt werden kann:

- Zwischen den beiden werbetreibenden Unternehmen muss ein Wettbewerbsverhältnis bestehen.
- Die nachgeahmte Werbekonzeption muss in ihrer Gesamtheit eigenartig sein und genügend Unterscheidungskraft besitzen, um für das beworbene Produkt typisch zu sein. Ein bestimmtes Mass an Eigenart ist überdies auch bei jedem einzelnen Werbemittel zu verlangen, zumindest aber bei den wichtigen Werbemitteln¹⁸¹.
- Die Werbekonzeption muss für das Publikum als Gesamtatbestand erkennbar sein, sie darf nicht nur als eine lose Aneinanderreihung von Einzelmassnahmen erscheinen. Dies bedingt eine straffe, einheitliche Gestaltung und ein Grundkonzept, dem alle Werbemassnahmen folgen.
- Der Nachahmer muss praktisch jede einzelne Massnahme der Originalkampagne systematisch und Schritt für Schritt kopieren und bei jeder einzelnen Massnahme sich hart an der Grenze des rechtlich noch Zulässigen bewegen. Ein bloss mehr oder weniger zufälliges Uebereinstimmen von Einzelementen erfüllt den Tatbestand noch nicht.
- Die Gesamtheit aller Nachahmungshandlungen muss als Einheit erkennbar sein und in dieser Gesamtheit mit der Original-Werbekonzeption verwechselbar sein.

181 Vgl. die ähnliche Situation im Markenrecht: Obwohl die rechtliche Beurteilung nach dem Gesamteindruck erfolgt, genügt ein einzelner unterscheidungskräftiger Bestandteil noch nicht, um eine Marke eintragen zu lassen, bei der andere wichtige Bestandteile Gemeingut darstellen. Vgl. z.B. BGE 356ff. ("ever fresh").

Werden diese Voraussetzungen nicht beachtet, ist die Gefahr zu gross, dass über den Umweg der Gesamtbetrachtung ein reiner Ideen-, Methoden- oder Stilschutz eingeführt würde(189). Neue Produktideen, die bei der Neueinführung oft auch mit entsprechenden neuen Werbeideen lanciert werden, dürfen in ihrer Grundidee von jedem Konkurrenten übernommen werden, denn die Idee an sich ist nicht schützbar(190). So dürfen die Themen einer Werbekampagne grundsätzlich übernommen werden, sofern sie in anderer Gestaltung ausgeführt werden(191). Wird aber das Werbethema oder die Werbeidee indirekt über den Schutz der konkreten Ausgestaltung geschützt, so kann von einer unzulässigen Monopolisierung nicht gesprochen werden, denn für die Ausgestaltung eines Themas oder einer Idee stehen sehr viele verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung(192). Die geformte Werbeidee kann also beispielsweise in ihrer Darstellung und Festlegung in einer Werbekampagne geschützt werden(193).

189 Ähnlich BAUMBACH/HEFERMEHL N 453 zu § 1 UWG.

190 Vgl. noch einmal Zivilgericht Basel-Stadt, SJZ 47 (1951), 362; VON BUEREN N 24 zu Art. 1 Abs. 1 UWG; TROLLER, Bd. II, 2. Aufl. 1971 bezeichnet die Ideen ausserhalb der Grenzen des Schutzes technischer Erfindungen und ästhetischer Werke als "rechtliches Niemandsland". Als Beispiel für eine solche Neueinführung kann das Werbekonzept der "Swatch"-Uhren dienen: Die Idee, schweizerische Billiguhren aus Plastik mit originellen Zifferblattgestaltungen zu produzieren, diese als modisches Accessoire, das mit der Kleidermode gewechselt wird, zu propagieren, dazu einen frechen Werbestil und einen für Uhren neuartigen Verpackungsstil einzuführen usw., wurde inzwischen vielfach kopiert. Solche Nachahmungen der Grundidee und auch des Werbestils konnten nur dann verurteilt werden, wenn im Design der Uhr, in der Gestaltung der Werbemittel usw. eine zu grosse Ähnlichkeit erreicht würde.

191 DESSEMONTET, Publicité, 2.

192 Ebenso DESSEMONTET, Publicité, 2.

193 Ebenso BAUMBACH/HEFERMEHL N 455 und 471 zu § 1 UWG; VON GAMM 130.

b) Entstehung der Verwechslungen

Bei derart umfassenden Nachahmungen von Werbekampagnen können Verwechslungen insbesondere auch wie folgt entstehen:

Bei neuen Produkten, die mit intensiver und charakteristischer Werbung, mit Aktionen usw. eingeführt werden, kann es vorkommen, dass sich die Konsumenten anfänglich noch wenig an die genaue Marke des neuen Produktes erinnern können, dafür aber die charakteristische Werbung in ihrer Erinnerung behalten haben. Dies ist dadurch zu erklären, dass der Konsument bei einer solchen Werbekampagne mit sehr vielen verschiedenen neuen Eindrücken konfrontiert wird, von denen die Marke des Produktes nur ein Teil unter anderen ist. Ueberwiegt die Eindruckskraft der Werbung gegenüber der Marke, dann wird in der Erinnerung zuerst die Werbung haftenbleiben und nicht die Marke. Da es sich um eine Vielzahl von Werbemassnahmen handelt, ist davon auszugehen, dass sich der Konsument nicht mehr in allen Einzelheiten an die Werbung erinnern kann, sondern dass er ein mehr oder weniger vages Erinnerungsbild, das die primären inhaltlichen und optisch-akustischen Elemente der Werbekampagne enthält, im Gedächtnis behält. Wird nun eine solche Kampagne in den Grundzügen nachgeahmt, so können auch in Fällen, wo der Nachahmer darauf achtet, durch eine stark verschiedene Marke der Verwechslungsgefahr vorzubeugen, trotzdem Verwechslungen entstehen. Insbesondere bei Gütern des täglichen Bedarfs kann - zumindest in einer Phase intensiver Werbetätigkeit - die Werbung für den Konsumenten wichtiger, typischer und damit mehr kennzeichnend sein als die Marke selbst. Dann ist es auch durchaus möglich, dass Verwechslungen, die aufgrund der ähnlichen Werbung entstehen, bis zum Kauf führen. Ein Konsument, der z.B. in einem Restaurant ein neues Getränk bestellen will, aber die genaue Marke nicht kennt, wird u.U. ohne weiteres das Produkt des Nachahmers bestellen, wenn er im Restaurant mit Werbemassnahmen des Nachahmers (z.B. auf Tischsets, Display-Artikeln usw.), die dem Original ähnlich sind, konfrontiert wird.

3. Rechtsschutz aus Art. 1 Abs. 1 UWG

Wird der Begriff der Verwechslungsgefahr in Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG eng ausgelegt, so kann es Fälle von Nachahmungen ganzer Werbekampagnen geben, bei denen trotz starker Annäherung an die Kampagne des Konkurrenten von einer eigentlichen Verwechslungsgefahr nicht mehr gesprochen werden kann⁽¹⁹⁴⁾. Im Unterschied zum vorher erwähnten Sachverhalt führt in diesem Fall also auch die Gesamtheit aller Nachahmungshandlungen nicht zu einer Verwechslung mit der Gesamtheit aller Werbemaßnahmen der Originalkampagne. Solche Tatbestände sind nach der allgemeinen Regel von Art. 1 Abs. 1 UWG zu beurteilen.

Da es sich bei derart umfassenden Annäherungen um eine Vielzahl einzelner Nachahmungen handelt und diese Nachahmungen wohl nicht zufällig, sondern in den allermeisten Fällen planmäßig und systematisch erfolgen werden, werden auch regelmäßig zwei wesentliche Elemente (Häufigkeit und Planmäßigkeit) gegeben sein, welche das Verhalten als unlauter erscheinen lassen⁽¹⁹⁵⁾. Lehre und Praxis nehmen denn auch in solchen Fällen eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 UWG an⁽¹⁹⁶⁾.

194 Die Frage, ob ein solcher Tatbestand unter Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG oder unter die Generalklausel subsumiert werden soll, hängt entscheidend von der Auslegung des Begriffs der Verwechslungsgefahr ab und kann wohl nicht abschliessend beantwortet werden.

195 Das Abstellen auf die Planmäßigkeit bedeutet einen gewissen subjektiven Vorwurf. Dies darf nicht dazu führen, dass zu stark auf die subjektive Seite des Tatbestandes abgestellt und nur aufgrund einer schlechten Absicht ein bestimmtes Verhalten angeprangert wird (vgl. VON GAMM 128; BGE 91 II 24); die Planmäßigkeit des Vorgehens muss vielmehr als objektives Tatbestandsmerkmal erkennbar sein, denn ein Verschulden wird im UWG nicht vorausgesetzt (BGE 109 II 488).

196 BGE 105 II 302, 104 II 333f. (wo auf die Kritik von KUMMER, ZBJV 107 (1971), 228, eingegangen wird); VON BUEREN N 15 zur Einleitung weist darauf hin, dass Planmäßigkeit, Dauer und Häufigkeit wesentliche Bedeutung für die Beurteilung der Wettbewerbsmäßigkeit eines Verhaltens haben; DAVID, Werberecht, 392; DAVID, Wettbewerbsrecht, 23 hält es für unlauter, wenn Warenausstattung, Farben, Verzierungen, Verpackungen und Werbematerial miteinander nachgeahmt werden; TROLLER 938 erachtet es für solche Tatbestände als typisch, dass sich der Werbende, ohne das Konkurrenzprodukt zu erwähnen und ohne Verwechslungsgefahr zu schaffen, mit seinen Leistungen in die Sympathiegefühle des Konkurrenten hineinzubringen versuche.

Die Unlauterkeit eines solchen Verhaltens kann auch darin erblickt werden, dass die Leistung des Nachahmers praktisch nur noch darin besteht, sich so nahe wie möglich und bei jeder neuen Handlung des Konkurrenten so rasch wie möglich an die Bemühungen des Mitbewerbers anzunähern, ohne dabei Spezialgesetze oder Spezialtatbestände des UWG zu verletzen, um vom Goodwill der Reklame des Mitbewerbers zu profitieren. Insbesondere wenn diese Nachahmungen immer sofort auftreten, muss Unlauterkeit angenommen werden, da dem Markterschliesser keine Möglichkeit mehr bleibt, während einer gewissen Zeit von seiner Alleinstellung zu profitieren, um seine für die Neueinführung eines Produktes oder Konzeptes aufgewendeten Leistungen zu amortisieren(197). Vom Standpunkt des Markterschliessers aus gesehen, besteht die Unlauterkeit aber auch darin, dass er in seinen Bemühungen, eine schlagkräftige, typische Werbung aufzubauen, dauernd behindert und gestört wird, da ihm durch solche auf Schritt und Tritt folgenden Nachahmungen die Schaffung einer persönlichen, unverwechselbaren Werbung und damit einer eigenen Identität für sich oder seine Produkte nahezu verunmöglicht wird(198).

Erbringt der Nachahmer aber eine genügende Eigenleistung, indem er beispielsweise die Kampagne eines Konkurrenten parodiert oder in anderer Weise verfremdet, so kann dieses Verhalten zumindest als Nachahmungstatbestand nicht verurteilt werden, da weder Verwechslungsgefahr noch eine parasitäre Handlung vorliegt(199).

- 197 BAUMBACH/HEFERMEHL N 462 zu § 1 UWG vergleicht ein solches Verhalten anschaulich damit, dass ein Mensch einem anderen ständig wie ein Schatten auf dem Fuss folge. Ein solches Verhalten könne sich ein Mensch verbitten.
- 198 Aehnlich GERMANN, ZBJV 72 (1936), 71. Dieser Gedanke hängt mit dem sogenannten Leistungsprinzip zusammen, welches vom BGR nicht mehr als Abgrenzungskriterium zwischen erlaubtem und unerlaubtem Wettbewerb angesehen wird (vgl. vorne 112 Anm. 4). Die geplante Neueinführung eines Leistungsschutzartikels im neuen UWG basiert aber grundsätzlich wieder ganz wesentlich auf diesem Gedanken, denn es soll nicht mehr erlaubt sein, ohne angemessenen eigenen Aufwand die Arbeitsleistung eines Konkurrenten zu übernehmen.
- 199 Dagegen kann evtl. eine unzulässige Bezugnahme oder eine unerlaubte Herabsetzung des Konkurrenten gegeben sein.

§ 16. Begriff und Funktionen

I. Begriff

Im OR fehlt eine eigentliche Legaldefinition der Firma. Entsprechend sind die Begriffsbestimmungen in der Literatur verschieden.

Die Firma wird teilweise als der für den Handelsverkehr gewählte Name des Unternehmers, teilweise als Name des Unternehmens selbst und manchmal auch als Name sowohl des Unternehmers als auch des Unternehmens bezeichnet⁽¹⁾. Für die vorliegende Arbeit sind diese Meinungsverschiedenheiten von untergeordneter Bedeutung; es interessiert vielmehr, ob auch die Firma eine Werbefunktion hat und wie weit das Firmenrecht diese Funktion schützen kann. Neben der Firma sind auch noch der Handelsname (in der Schweiz bekannter, nicht im Register eingetragener Name eines ausländischen Unternehmens) und die Enseigne (Bezeichnung eines Geschäftslokals) als rechtlich anerkannte Immaterialgüter zu erwähnen.

II. Tatsächliche Funktionen

1. Die hauptsächliche Funktion der Firma besteht darin, das Unternehmen und/oder den Unternehmensträger zu individualisieren⁽²⁾.

1 Vgl. dazu ausführlich TROLLER, Kollisionen, 18ff.; früher war die Firma primär der Name des Unternehmensträgers (VON STEIGER 7), heute wird sie vom Publikum wohl eher als Kennzeichen für das Unternehmen aufgefasst (vgl. z.B. GENRE 7, der auf die "Entpersönlichung" des Wirtschaftslebens hinweist).

2 BGE 101 Ib 363; GENRE 7; MEYER-MAYOZ/FORSTMOSER 140 N 92; TROLLER 247.

2. Wie jedes andere Kennzeichen kann auch die Firma eine starke Werbewirkung haben(3), indem sie den guten Ruf und die Tüchtigkeit des Unternehmens zu symbolisieren vermag(4). Die Werbewirkung kann ausserdem auch darin bestehen, dass die Firma durch einen speziellen Wohlklang oder eine andere ansprechende Wirkung schon ursprünglich attraktiv wirkt(5).

Vielfach wird die Firma zugleich als Marke benutzt; sie ist in diesem Fall sowohl Waren- als auch Unternehmenskennzeichen. Dies bietet "werbeökonomische Vorteile"(6), da sich die Werbeanstrengungen auf ein einziges Zeichen konzentrieren lassen(7).

Im Zusammenhang mit der Werbewirkung ist auch der Tatbestand zu erwähnen, dass eine Firma werbe- oder reklamehafte Ausdrücke (super, top, Center, General) enthält. Die Verwendung solcher Ausdrücke in einer Firma ist stark eingeschränkt: Art. 44 HRegV verbietet die Aufnahme von Bezeichnungen, welche nur oder überwiegend Reklamezwecken dienen. Dieser Grundsatz ist allerdings nicht allzu streng auszulegen. So erachten es gewisse Autoren nur als unerlaubt, die Firma ausschliesslich in den Dienst der Werbung zu stellen; einzelne werbewirksame Bestandteile wären demnach zulässig(8). Diese Bestandteile dürfen jedoch nicht unrichtig

- 3 DAVID 94; GENRE 8; KIRCHGRABER 21; MAEDER 47; MEYER-MAYOZ/FORSTMOSER 140 N 92.
- 4 Sie wird damit zum "Goodwill-Träger": GENRE 8; GUHL/MERZ/KUMMER 784; TROLLER 64.
- 5 GENRE 51ff.; zu den verschiedenen Formen der Werbefunktion vgl. vorne 8ff.
- 6 GENRE 8.
- 7 Auch wenn Marke und Firma verschieden lauten, besteht zwischen ihnen eine werbemässige Wechselwirkung: Der gute Name der Firma strahlt auf die Marke, andererseits verstärkt der gute Ruf des Markenprodukts die Werbekraft der Firma. Vgl. TROLLER, Kollisionen, 25.
- 8 MEYER-MAYOZ/FORSTMOSER 147 N 132; GENRE 51; a.A. HIS N 98 zu Art. 944 OR, der auch wahre, sachliche und nicht täuschende Reklamebezeichnungen ausschliesst. Das Freihaltebedürfnis an solchen von der Zahl her an sich beschränkten Reklamewörtern wird dadurch m.E. nicht tangiert, da diese nur als Zusatz zulässig sind und daher auch von anderen Unternehmen zusammen mit anderen unterscheidungskräftigen Bestandteilen verwendet werden dürfen; a.A. GENRE 51.

oder stark übertrieben sein, da sie sonst dem Grundsatz der Firmenwahrheit und -klarheit zuwiderlaufen würden(9).

§ 17. Umfang des Schutzes vor Nachahmung

Der Firmenschutz des OR entsteht mit Eintragung und Gebrauch der Firma(10). Er ist sachlich nicht beschränkt, d.h. es wird insbesondere kein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Firmenträgern vorausgesetzt(11). Das Gesetz sieht jedoch teilweise eine örtliche Beschränkung vor(12), insbesondere ist der Rechtsschutz auf Tatbestände beschränkt, bei denen eine eingetragene Firma durch eine andere Firma (die ihrerseits nicht eingetragen sein muss) verletzt wird(13). Den Massstab der Verwechselbarkeit legen Art. 946 Abs. 2 und 951 Abs. 2 OR fest: Verlangt wird, dass sich die jüngere Firma von bereits im Handelsregister eingetragenen älteren Firmen deutlich unterscheide. Ob deutliche Unterscheidbarkeit vorliegt oder nicht, beurteilt sich auch hier nach dem Gesamteindruck(14). Entscheidend ist das Erinnerungsvermögen der massgeblich beteiligten Verkehrskreise(15).

9 DAVID, *Werberecht*, 94f.

10 VON BUEREN N 10 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG; TROLLER, *Kollisionen*, 63ff.

11 Vgl. BGE 59 II 161 ("Migros"): "Das Firmenrecht gewährt als Abart des Namensrechts dem Inhaber der älteren Firma einen Schutz schlechthin und nicht nur in bezug auf ein bestimmtes Gewerbe."

12 Vgl. Art 956 Abs. 1, 946 Abs. 1 und 951 Abs. 1 OR).

13 HIS N 24ff. zu Art. 956 OR; VON STEIGER 61; BGE 92 II 278. Wird eine Firma z.B. von einem Konkurrenten als Marke benutzt, so findet das Firmenrecht keine Anwendung. Eine teilweise andere Ansicht als die herrschende Lehre vertritt TROLLER, *Kollisionen*, 75: Er nimmt die Abgrenzung aufgrund der Funktion vor, in welcher die Firma verwendet wird. Nach seiner Auslegung ist demnach auch bei der Verwendung der Firma in Prospekten, Werbematerial usw. firmenmässiger Gebrauch gegeben, sofern das Zeichen in Namensfunktion verwendet wird.

14 GENRE 65; MEYER-MAYOZ/FORSTMOSER 154 N 164.

15 BGE 93 II 44. In BGE 100 II 226 wurde die Einschränkung auf die beteiligten Verkehrskreise nicht mehr gemacht.

Da auf die charakteristischen Merkmale zu achten ist, kann durch Beifügung von charakteristischen Zusätzen in die Firma die Verwechslungsgefahr bei Firmen, die in Teilen gleich lauten, ausgeschlossen werden(16). Diese Zusätze müssen aber in jedem Fall die Fähigkeit haben, den Gesamteindruck nachhaltig zu verändern, sie müssen hervorstechen und deutlich machen, dass es sich nicht um dasselbe Unternehmen handelt(17). Je nach Branche kann dabei an die Unterscheidungsfähigkeit der Kunden (Sorgfalt im Verkehr) ein anderer Massstab gestellt werden(18). An die Unterscheidbarkeit werden damit insgesamt weniger strenge Anforderungen gestellt als bei den Marken(19).

Stehen zwei Unternehmen miteinander im Wettbewerb, dann kommt für ihre Firmen auch das UWG und damit u.U. ein strengerer Massstab zur Anwendung(20).

§ 18. Ergänzungen des firmenrechtlichen Schutzes

I. Wird eine Firma durch eine Enseigne, durch Verwendung in Prospekten, Reklamen, Plakaten (also in der Werbung i.e.S.)(21) oder durch eine Marke(22) verletzt, so kommt bei Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses das UWG (Art. 1 Abs. 2 lit. d) zur Anwendung(23). Ebenso findet das UWG Anwendung, wenn die charakteristische graphische Ausgestaltung einer im Wortlaut nicht verwechselbaren Firma nachgeahmt wird, so dass

16 DAVID, Werberecht, 372; VON STEIGER 64; vgl. die zahlreichen Hinweise auf die Praxis des BGR bei TROLLER, Kollisionen, 93f. Anm. 177.

17 VON STEIGER 65; vgl. dazu ausführlich TROLLER, Kollisionen, 93ff.

18 VON STEIGER 67; vgl. oben Anm. 14.

19 BGE 63 II 76f.

20 BGE, 85 II 329, 79 II 189.

21 BGE 91 II 19; VON STEIGER 73.

22 BGE 63 II 74.

23 Zum wettbewerbsrechtlichen Schutz der Firma vgl. ausführlich TROLLER, Kollisionen, 115ff.

der Eindruck entstehen kann, es handle sich um geschäftlich nahestehende Unternehmungen(24). Das UWG findet umgekehrt auch Anwendung, wenn eine Marke durch eine Firma verletzt wird(25). Dies kann dazu führen, dass eine firmenrechtlich an sich zulässige Firma unzulässig wird.

Das UWG schützt ausserdem nicht eingetragene Firmen, sofern diese genügend unterscheidungskräftig sind und zwischen den werbetreibenden Unternehmen ein Wettbewerbsverhältnis vorliegt(26).

II. Wird die Firma zugleich als Marke verwendet, bietet auch das Markenrecht einen ergänzenden Schutz, jedoch beschränkt sich dieser Schutz auf die betreffenden Warenkategorien.

III. Schliesslich kann die Firma ergänzend auch durch das Namensrecht geschützt werden(27). Dabei sind die allgemeinen Voraussetzungen von Art. 29 ZGB zu prüfen; so muss insbesondere die Beeinträchtigung der Kennzeichnungswirkung durch die Verwendung desselben Namens durch einen anderen nachgewiesen werden(28).

24 HG Zürich, ZR 45 (1946), 363ff.

25 Vgl. dazu HG St. Gallen, SJZ 64 (1968), 136ff.

26 VON BUEREN N 13 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 152 N 152. Vgl. auch BGE 109 II 483ff. ("Computerland"), insbesondere 488: "Identität der Firmenbezeichnung und überschneidende Werbung reichen aber aus zur Annahme einer Verwechslungsgefahr im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG."

27 VON BUEREN N 12 zu Art. 1 Abs. 2 lit. d UWG; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 152 N 153.

28 BGE 108 II 243; zum namensrechtlichen Schutz der Firma vgl. ausführlich TROLLER, Kollisionen, 149ff.

§ 19. Schutz durch Namensrecht

I. Funktion des Namens als Werbemittel

Auch der Name einer Person kann wie jedes andere Kennzeichen als Werbemittel angesehen werden, indem er die Tüchtigkeit, Seriosität, Originalität usw. einer Person verkörpern kann. Ein solches im Namen verkörpertes positives Ansehen lässt sich auch auf die geschäftliche Tätigkeit der betreffenden Person übertragen, so dass der Name zu einem eigentlichen wirtschaftlichen Werbefaktor werden kann.

Namen von bekannten Persönlichkeiten werden ausserdem mit Vorliebe für die Produkte- und Dienstleistungswerbung eingesetzt und spielen damit eine bedeutende Rolle als Werbemittel(1).

Schliesslich ist der Name auch in dem Sinne als Werbemittel anzusehen, als er für ein Produkt, mit dem er in Zusammenhang steht, eine direkte Werbewirkung entfalten kann(2).

Zu den Namen sind auch Künstlernamen, Pseudonyme(3), Rufnamen usw. zu rechnen. Sie sind als Werbemittel besonders bedeutsam, da sie relativ frei gewählt werden können und daher insbesondere im Hinblick auf eine grösstmögliche Werbewirkung geschaffen werden. Ebenso gehören auch gebräuchliche Marken- und Firmenabkürzungen(4) sowie Telegramm-Adressen(5) dazu.

1 Die dabei entstehenden vertragsrechtlichen und gesetzlichen Probleme sind nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Vgl. dazu PREISS 181ff. (mit Hinweisen).

2 Bsp.: Ein Film von und mit Orson Welles; ein Auto von Bertone; ein Parfum von Yves St. Laurent.

3 BGE 92 II 310.

4 Z.B. "Coci", "Coca" für "Coca-Cola": vgl. HG Bern, Mitt. 1980, 70.

5 EGGER N 19 zu Art. 29 ZGB.

II. Schutz des Namens

1. Massgebliche Bestimmung ist Art. 29 Abs. 2 ZGB, der die Anmassung des Namens durch eine andere Person verbietet. In einem neueren Entscheid verlangt das BGer für die Anwendbarkeit von Art. 29 Abs. 2 ZGB, dass die Kennzeichnungswirkung eines fremden Namens für eigene Zwecke missbraucht werde(6). Dieser Missbrauch könne darin bestehen, dass der Name eines anderen unbefugterweise zur Bezeichnung einer Person, einer Sache oder auch eines Geschäftsbetriebes verwendet werde(7). Alle anderen Verletzungen, welche nicht den Missbrauch der Kennzeichnungswirkung betreffen, fallen höchstens unter Art. 28 ZGB.

2. Die Namensanmassung erfolgt unbefugterweise, wenn sie ein schutzwürdiges Interesse des Namensinhabers verletzt, also zu einer Beeinträchtigung führt(8). Es genügt dabei die Verletzung rein ideeller Belange(9). Eine Verletzung liegt insbesondere dann vor, wenn Verwechslungsgefahr besteht(10) oder aber wenn der Namensträger durch Gedankenverbindungen in nicht vorhandene Beziehungen gestellt wird, die er vernünftigerweise ablehnen darf(11). Die letztgenannte Voraussetzung wird oft erfüllt sein, wenn ein fremder Name als Marke für bestimmte Waren verwendet wird, so dass der Namensinhaber mit diesen Waren in Verbindung gebracht wird(12).

3. Voraussetzung dafür, dass solche Gedankenverbindungen überhaupt gezogen werden können, ist eine entsprechend grosse

6 BGE 108 II 243.

7 BGE 108 II 243 mit Hinweisen; EGGER N 77 zu Art. 29 ZGB.

8 BGE 102 II 166f. und 308, 95 II 487.

9 BGE 102 II 308 mit Hinweisen.

10 EGGER N. 21 zu Art. 29 ZGB; vgl. auch BGE 80 II 145.

11 BGE 102 II 308 mit Hinweisen.

12 Vgl. z.B. BGE 92 II 309 (Parfümerieartikel "Sheila"); 87 II 111 (Haushaltgeräte "Narok"); 80 II 140 (Titel einer Zeitschrift).

Kennzeichnungswirkung des verletzten Namens(13). Namen, die geläufig und weit verbreitet sind, können daher nur ein ausschliessliches Recht beanspruchen, wenn sie genügend Verkehrsgeltung haben, so dass dieser Name auf den betreffenden Inhaber bezogen zu werden pflegt. Nachzuweisen ist wiederum nur die Gefahr, dass der Namensträger oftmals in solche Gedankenverbindungen gebracht wird(14).

4. Fraglich ist, ob auch die unbefugte Verwendung eines nur ähnlichen Namens unter den Tatbestand von Art. 29 Abs. 2 ZGB falle. Das Bundesgericht bejahte dies für einen täuschend ähnlichen Namen(15) und für Fälle, in denen der Hauptbestandteil eines Namens mit anderen Zusätzen übernommen wurde, es sei denn, dieser Hauptbestandteil ist eine Sachbezeichnung, die sprachliches Gemeingut darstellt(16). Bei Tatbeständen, die auch bei einer weiten Auslegung nicht mehr unter Art. 29 Abs. 2 ZGB fallen, kann u.U. der allgemeine Persönlichkeitsschutz herangezogen werden(17).

5. Das Namensrecht kann dazu führen, dass dem Träger eines gleichlautenden Namens die Verwendung des eigenen Namens im wirtschaftlichen Wettbewerb untersagt werden kann, sofern diese Verwendung zu Verwirrung und Täuschung führen könnte(18).

13 Ein lokales Ladengeschäft kann sich z.B. nur dann gegen die Verwendung seines Namens in anderem Zusammenhang wehren, wenn zumindest in seiner lokalen Umgebung das Publikum eine Gedankenverbindung zu diesem Geschäft herstellt: BGE 102 II 309 ("Abraham").

14 BGE 102 II 310.

15 BGE 95 II 487 ("Club Medityrannis"/"Club Mediterranée").

16 BGE 92 II 279; 90 II 319; 82 II 342f. Ebenso HG Bern, Mitt. 1980, 70 ("Coca-line").

17 Vgl. hinten 194; eine genaue Abgrenzung zwischen Art. 29 Abs. 2 und Art. 28 ZGB erachtet das BGE als nicht erforderlich (BGE 102 II 166); immerhin findet Art. 28 keine Anwendung, wenn die Verletzung der Persönlichkeit eindeutig firmen- oder namensrechtlich erfassbar ist (97 II 159).

18 EGGGER N 22 zu Art. 29 ZGB; vgl. zu diesem Problem auch BGE 77 I 59 ("Kübler-Rad").

6. Da das Namensrecht auch den juristischen Personen zusteht(19), kann insbesondere die Firma durch das Namensrecht einen erweiterten Schutz geniessen. So lässt sich u.a. der nicht firmenmässige Gebrauch einer Firma (z.B. bei Verwendung in der Werbung, als Marke usw.) verbieten(20).

7. Das Namensrecht kann auch dann zur Anwendung kommen, wenn eine Wortmarke oder eine andere Bezeichnung zur schlagwortartigen Bezeichnung des Geschäfts oder des Geschäftsinhabers gebraucht wird(21). Bei Marken und sonstigen Bezeichnungen, die ähnlich oder gleich lauten wie die Firma, wird dies eher möglich sein(22), in seltenen Fällen kann jedoch u.U. auch ein von der Firma völlig verschiedener Begriff zur schlagwortartigen Bezeichnung für das Unternehmen werden, sofern er die Firma fast vollständig verdrängt(23). Das Namensrecht erweitert somit in bestimmten Fällen den Schutz der Marke über die in Art. 6 Abs. 3 MSchG vorgesehenen Warenkategorien hinaus auf einen branchenunabhängigen Schutz(24).

19 BGE 80 II 140; 76 II 91.

20 BGE 91 II 19; da es sich bei den Firmen (im Gegensatz zu den Personennamen) um relativ frei wählbare Namen handelt, sind an ihre Unterscheidbarkeit strengere Anforderungen zu stellen.

21 BGE in GRUR Int. 1984, 541ff. ("John Player Special"); BGE 97 II 84; 91 II 19; 87 II 47 ("Blick"/"Quick"); 72 II 138f. ("Lux"); HG Bern, Mitt. 1980, 70; TROLLER, Kurzlehrbuch, 71.

22 Vgl. z.B. HG Bern, ZBJV 84 (1948), 230f. ("Therma").

23 BGE 72 II 138f.; eine solche Situation ist jedoch nur in Ausnahmefällen möglich. Vgl. auch DAVID, Suppl., 31 (N 9 zur Einleitung): "Das Namensrecht bietet gewöhnlich dann keine Handhabe, wenn die Marke nicht mit der Firma identisch ist." Das BGE lehnte z.B. ab: "Quick" für "Th. Martens Verlag" (BGE 87 II 47) und "Lux" für "Sunlight" (BGE 72 II 138f.).

24 Es handelt sich dabei aber nicht um einen eigentlichen Wertschutz für bestimmte Marken, sondern um einen Ausfluss des Schutzes der Unternehmenspersönlichkeit, welche auch den Namensschutz umfasst. Ein Zusammenhang mit dem Schutz der sog. "berühmten Marken" (vgl. vorne 45ff.) besteht daher nur mittelbar.

§ 20. Schutz durch Persönlichkeitsrecht

Wie vorgängig festgestellt wurde, können Bezeichnungen, die schlagwortartig ein Unternehmen oder den Unternehmens-träger individualisieren, unter Umständen durch das Namens-recht, das diesem Unternehmen zusteht, geschützt werden. Das Namensrecht stellt jedoch nur einen Anwendungsfall des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes dar und erfasst nur verbale Kennzeichen. Es stellt sich daher die Frage, ob auch andere Kennzeichen und Werbemittel durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ZGB) geschützt werden können, ob also beispielsweise eine Werbefigur, die ein Unternehmen in der Öffentlichkeit charakterisiert, vom Schutz der Unternehmenspersönlichkeit erfasst wird. Zur Beantwortung dieser Frage müssen vorerst die allgemeinen Voraussetzungen des Persönlichkeitsschutzes dargelegt werden.

I. Voraussetzungen des Persönlichkeitsschutzes

Der in Art. 28 ZGB(25) verankerte Persönlichkeitsschutz, der auch juristischen Personen zusteht(26), erfasst eine sehr grosse Zahl verschiedener Tatbestände. Da es sich bei dieser Bestimmung um eine der weitesten Blankettnormen des Gesetzes handelt(27), bleibt es im Einzelfall dem Richter überlassen, die Tragweite und die Grenzen des Persönlichkeitsschutzes

25 Art. 28 ZGB wurde geändert; der neue Wortlaut ist seit 1. Juli 1985 in Kraft (vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates vom 5. Mai 1982 in BB1. 1982 II, 636ff.). Am Grundsatz des Persönlichkeitsschutzes änderte sich nichts; ausgebaut wurden Schutzmöglichkeiten, die für diese Arbeit nicht relevant sind.

26 BGE 97 II 100; BGE 95 II 489.

27 EGGER N 9 zu Art. 28 ZGB.

genauer festzulegen(28). Lehre und Rechtsprechung haben den Grundsatz des Persönlichkeitsschutzes immerhin teilweise konkretisiert und verfeinert, um dadurch eine gewisse Voraussehbarkeit der richterlichen Entscheidung zu ermöglichen. So wurden insbesondere einzelne sogenannte persönliche Güter wie Leben, physische und psychische Integrität, Privat- und Geheimsphäre, Ehre und Freiheit immer wieder als Bestandteile der Persönlichkeit bezeichnet; den juristischen Personen steht insbesondere auch ein Anspruch auf Achtung des Bildes zu, mit dem sie an die Öffentlichkeit treten(29). Dem offenen Charakter von Art. 28 Abs. 1 ZGB entsprechend kann eine solche Aufzählung geschützter Güter aber niemals als vollständig oder abschliessend angesehen werden, vielmehr können je nach der gesellschaftlichen und technischen Entwicklung immer wieder weitere Güter dazukommen(30).

Der Persönlichkeitsschutz kommt grundsätzlich dann zur Anwendung, wenn jemand in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird. Geschützt ist die Persönlichkeit selbst, die persönlichen Güter und Werte sind nur Aeusserungen derselben(31). Wird daher die Verletzung eines persönlichen Gutes geltend gemacht, so ist nachzuweisen, dass dieses Gut untrennbar mit der Person des Trägers verbunden ist(32) und dass eine Verletzung desselben auch zu einer Verletzung der Persönlichkeit führt. Als geschütztes Gut kann demnach praktisch jedes Gut aus irgendeinem Lebens- oder Wirtschaftsbereich der entsprechenden Person gelten, soweit die erforderliche enge Verbindung zur Person des Trägers bei dem betreffenden Gut möglich ist(33).

28 Dieser Grundsatz wurde auch im revidierten Art. 28 ZGB beibehalten; vgl. die Botschaft, BBl. 1982 II, 658f.: "Eine generelle und abstrakte Formulierung ist deshalb vorzuziehen, damit der Rechtsprechung möglichst viel Freiheit bleibt."

29 BGE 95 II 489f.; vgl. ausführlich PEDRAZZINI 121ff.

30 Vgl. Botschaft, BBl. 1982 II, 658; EGGER N 23 zu Art. 28 ZGB.

31 EGGER N 47 zu Art. 28 ZGB.

32 PEDRAZZINI 121; GROSSEN 357; BGE 84 II 573. Die Botschaft, BBl. 1982 II, 658, spricht von "Werten, die einer Person kraft ihrer Existenz zukommen".

33 HOTZ 23; PEDRAZZINI 121.

Jede Verletzung der Persönlichkeit gilt demnach grundsätzlich als widerrechtlich⁽³⁴⁾. Die Widerrechtlichkeit kann beim Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes aufgehoben werden; Art. 28 ZGB nennt als Rechtfertigungsgründe die Einwilligung des Verletzten, überwiegendes privates oder öffentliches Interesse sowie die Rechtfertigung durch Gesetz. Wichtig erscheint, dass in jedem Fall eine Abwägung stattzufinden hat zwischen dem Schutz der Persönlichkeit und einer etwaigen angemessenen Wahrung höherer Interessen andererseits⁽³⁵⁾.

Vorteile des Persönlichkeitsschutzes für die Werbung liegen z.B. darin, dass der Persönlichkeitsschutz gegenüber jedermann durchgesetzt werden kann (insbesondere wird kein Wettbewerbsverhältnis vorausgesetzt) und dass vorsorgliche Massnahmen schon bei einer zu befürchtenden Verletzung angeordnet werden können (Art. 28c Abs. 1 ZGB).

II. Anwendbarkeit auf den Schutz der Werbemittel

Werden Kennzeichen oder Werbemittel eines Unternehmens von einem anderen nachgeahmt oder in einem nicht erwünschten Zusammenhang verwendet, so kann dieses Verhalten den Ruf oder das Image des Unternehmens beeinträchtigen oder das Unternehmen auf sonst irgendeine Art in seiner Individualität stören⁽³⁶⁾. Gerade bei anonymen Grossunternehmen, deren Image weitgehend auf der Werbung aufbaut, können solche Störungen

34 Vgl. Botschaft, BBl. 1982 II, 658.

35 Vgl. dazu z.B. BGE 101 II 197 mit Hinweisen sowie BGE 108 II 246, wo eine Abwägung zwischen dem Interesse des Inhabers von nicht mehr verwendeten Werbeplakaten und dem Interesse der Öffentlichkeit an freier Wiedergabe vorgenommen wird.

36 Das BGer hielt in BGE 108 II 245 einen Eingriff dann für möglich, wenn die Reproduktion eines Werbemittels geeignet wäre, einen falschen Eindruck von der gegenwärtigen Tätigkeit des Unternehmens zu erwecken oder dessen Bild in der Öffentlichkeit sonstwie zu verfälschen. Ähnlich auch BGE 95 II 489f.

zu erheblichen Imageverlusten führen. Hier kann u.U. das Persönlichkeitsrecht des betreffenden Unternehmens Schutz bieten, denn auch den juristischen Personen und anderen Personengemeinschaften kommen grundsätzlich alle Persönlichkeitsrechte zu, die nicht unabdingbar eine natürliche Person voraussetzen(37). Insbesondere haben juristische Personen auch ein Recht auf ihre Ehre und ihren guten Ruf(38). Um die Anwendbarkeit des Persönlichkeitsschutzes für den Schutz von Werbemitteln zu prüfen, werden im folgenden die allgemeinen Voraussetzungen speziell im Hinblick auf diese Werbemittel untersucht.

1. Verletzung der Persönlichkeit des Werbetreibenden

Damit die Uebernahme oder Nachahmung eines Werbemittels zu einer Beeinträchtigung der Unternehmenspersönlichkeit führen kann, muss eine sehr enge Verbindung dieses Werbemittels mit dem werbetreibenden Unternehmen gegeben sein. Das Werbemittel muss ein Teil der äusseren Persönlichkeit des Unternehmens bilden. Das Bundesgericht hält es in einem neueren Entscheid für möglich, dass Werbemittel dann zu den persönlichen Gütern gezählt werden können, wenn es sich um "sehr individuell gestaltete Werbemittel" handle. Solche Werbemittel könnten, solange sie tatsächlich für die Werbung eingesetzt würden, zum "ideellen Bestandteil" des betreffenden Wirtschaftsunternehmens werden und damit den Persönlichkeitsschutz genießen(39). Grundsätzlich anerkennt also das BGer die Möglich-

37 Vgl. Art. 53 ZGB.

38 BGE 95 II 489f.; Der Unterschied zur natürlichen Person besteht bei juristischen Personen allerdings darin, dass alle ihre Interessen, also auch Ehre und Ruf, vermögensrechtlicher Natur sind. Ehre- oder Rufverletzungen sind letztlich Goodwill-Verletzungen, die sich in einer wertmassigen Schädigung ausdrücken lassen. Bei natürlichen Personen ist eine solche wertmassige Erfassung nicht möglich, auch wenn z.B. durch die Zusprechung von Genugtuungssummen versucht wird, solche Schädigungen finanziell abzugelten.

39 BGE 108 II 244 (in casu handelte es sich um Werbeplakate).

keit, dass Werbemittel zu den persönlichen Gütern gehören können. Das in diesem Entscheid erwähnte Kriterium der "Individualität" eines Werbemittels scheint m.E. jedoch nicht von ausschlaggebender Bedeutung zu sein. Da Werbemitteln Publizitäts- und Kennzeichnungsmittel sind, ist vielmehr auf die Wirkung nach aussen abzustellen. Ausschlaggebend wäre demnach, dass das Publikum das betreffende Werbemittel in einer Vielzahl von Fällen dem entsprechenden Unternehmen zuordnet, dass es also die Verbindung vom Werbemittel zum Unternehmen ziehen kann(40). Die Individualität eines Werbemittels kann dafür sicher von Nutzen sein, da sich individuelle Gestaltungen schneller einprägen. Ein noch so individuell gestaltetes Werbemittel gehört aber nicht zu den persönlichen Gütern des werbenden Unternehmens, solange das Publikum die Verbindung zum Unternehmen nicht kennt(41). Dagegen kann ein relativ alltägliches Werbemittel durch geschickte und umfassende Werbung oder langdauernden Gebrauch zum Symbol des Unternehmens aufgebaut werden und ist dann zu dessen persönlichen Gütern zu zählen.

Nur bei Werbemitteln, die in den meisten Fällen dem werbenden Unternehmen zugerechnet werden, besteht schliesslich auch die Gefahr, dass ihre Uebernahme oder Nachahmung durch einen anderen Gewerbetreibenden zu einer Verletzung des Images, also der äusseren Persönlichkeitssphäre des Inhaberunternehmens führt. Dann rechtfertigt sich grundsätzlich auch der weitgehende, über ein Wettbewerbsverhältnis hinaus wirksame persönlichkeitsrechtliche Schutz. Die Verletzung in den persönlichen Verhältnissen wird vielfach darin bestehen, dass ein Werbemittel von einem fremden Unternehmen übernommen wird und dadurch das Inhaberunternehmen in einen Zusammenhang

40 Das HG Bern, Mitt. 1980, 67ff., verlangte einen "notorischen Bekanntheitsgrad" des Kennzeichens. M.E. muss aber vor allem die Verbindung zwischen Werbemittel und Unternehmen notorisch bekannt sein.

41 Eine persönlichkeitsrechtlich relevante Beziehung besteht dann höchstens zum eigentlichen Urheber, Schöpfer des Werbemittels.

gestellt wird, den es nicht wünscht(42). Dabei muss beachtet werden, dass nicht nur in einer objektiv herabmindernden Benutzung(43) des fremden Werbemittels eine Beeinträchtigung liegen kann. Vielmehr kann sich das Inhaberunternehmen grundsätzlich gegen jegliche Fremdverwendung seiner Werbemittel zur Wehr setzen, insbesondere deshalb, weil es sich bei persönlichkeitsrechtlich geschützten Werbemitteln nicht um nebensächliche, sondern meistens um wichtige Bestandteile des ganzen Unternehmens-Images handelt. Solche Images werden in vielen Fällen sehr gezielt und in jedem einzelnen Schritt geplant aufgebaut, so dass schon eine kleine Störung des Gesamtkonzeptes zu einer empfindlichen Tangierung dieser Bemühungen führen kann(44); dies insbesondere bei Unternehmen, deren äusseres Erscheinungsbild wesentlich durch die Werbung aufgebaut wird.

2. Widerrechtliche Verwendung des Werbemittels

Grundsätzlich ist jede Verletzung der Persönlichkeit als widerrechtlich anzusehen. Wird daher ein Werbemittel, das dank seiner engen Verbindung zum Unternehmen persönlichkeitsrechtlich geschützt ist, übernommen, nachgeahmt oder in einen nicht gewünschten Zusammenhang gebracht, so kann sich das Unternehmen grundsätzlich dagegen wehren.

42 Vgl. HG Bern, ZBJV 84 (1984), 230 ("Therma") und TROLLER, Berühmte Marke, 68: "Die Individualsphäre dieser Firma ist davon betroffen, weil nicht mehr ihre Handlungen allein über das Urteil entscheiden, das sich Aussenstehende bilden, und weil ihr Tätigkeitskreis, das Bild ihrer Aktivität, durch fremdes Tun verzeichnet wird."

43 Z.B. Verwendung einer Drogeriemarke für WC (Bsp. bei TROLLER, Berühmte Marke, 70).

44 Auch das BGER erachtet es in BGE 108 II 245 für genügend, wenn die Reproduktion eines Werbemittels durch einen anderen geeignet wäre, das Bild des Inhabers in der Öffentlichkeit zu "verfälschen". In einem Entscheid des HG St. Gallen, Mitt. 1985, 214ff. versuchte die Klägerin ("Schweppes"), eine Verletzung ihres Persönlichkeitsrechtes (erfolglos) mit der Tatsache zu begründen, dass importierte Getränke der gleichen Marke in unvorteilhaften Schrumpfpackungen angeboten wurden.

Zu untersuchen ist jedoch zunächst, ob nicht ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, der die Uebernahme, Reproduktion oder Nachahmung erlauben würde.

Bei der Reproduktion eines (allerdings nicht mehr verwendeten) Werbemittels durch eine Drittperson erachtete das BGR als möglichen Rechtfertigungsgrund ein überwiegendes öffentliches Interesse und die Betätigungsfreiheit der Drittperson⁽⁴⁵⁾. Dies kann bei Werbemitteln dann der Fall sein, wenn sie als Kulturgut betrachtet werden können, an dem die Öffentlichkeit (nach Ablauf einer etwaigen urheberrechtlichen Schutzfrist) teilhaben sollte. In solchen Fällen kann das private Interesse des werbetreibenden Unternehmens u.U. gegenüber dem öffentlichen Interesse geringer wiegen, vor allem dann, wenn die betreffenden Werbemittel sowieso nicht mehr im Einsatz stehen und wenn sie vom Uebernehmer nicht zur Werbung eingesetzt werden, sondern beispielsweise zu kulturellen oder wissenschaftlichen Zwecken. Doch kann u.U. auch in diesen Fällen das Interesse des werbetreibenden Unternehmens immer noch überwiegen, so wenn eine Beeinträchtigung des Werbekonzeptes zu befürchten ist oder wenn Assoziationen an frühere Aktivitäten des Unternehmens entstehen können, die unerwünscht sind⁽⁴⁶⁾.

Die Widerrechtlichkeit ist selbstverständlich dann ausgeschlossen, wenn das werbetreibende Unternehmen die Wiedergabe seiner Werbemittel in irgendeiner Form (z.B. für Plakat- oder Design-Ausstellungen) erlaubt hat.

IV. Schützbare Werbemittel

Grundsätzlich besteht bei jedem Werbemittel die Möglichkeit, dass es in eine so enge Beziehung zum werbetreibenden Unternehmen tritt, um als persönliches Gut gelten zu können.

45 BGE 108 II 241ff. In concreto handelte es sich um die Reproduktion alter Werbeplakate als Postkarten.

46 Zum letzteren vgl. BGE 108 II 247.

1. Wie schon erwähnt, können Marken und Schlagworte zu Bestandteilen der Unternehmenspersönlichkeit werden und sind dann entsprechend geschützt. Falls das Namensrecht (Art. 29) nicht genügt, kann auch Art. 28 angewendet werden, insbesondere wenn die Verletzung dadurch erfolgt, dass ein nur ähnlicher und nicht völlig identischer Begriff gewählt wird oder wenn wegen Namensgleichheit keine Namensanmassung vorliegt(47). Auch Marken oder Schlagworte, die überhaupt keine Ähnlichkeit mit der Firmenbezeichnung haben, können in Ausnahmefällen durch gezielte Werbung(48) für das Publikum zur eigentlichen Firmenbezeichnung werden; dies kann unter Umständen so weit führen, dass die Warenmarke die Firma vollständig verdrängt.

Namens- und Persönlichkeitsrecht können zu einer Privilegierung von Marken führen, die entweder direkt auch als Firma gebraucht werden oder aber sonst eine verkehrsbekannte Beziehung zum Unternehmen aufweisen(49). Es gibt jedoch viele andere berühmte Marken, von denen das Publikum nicht weiss, welchem Unternehmen sie zugehören. Für alle diese berühmten Marken bietet das Persönlichkeitsrecht keinen über das MSchG hinausgehenden Schutz, da der in einer Marke liegende Wert nicht einfach als Ausfluss der Persönlichkeit des Markeninhabers bezeichnet werden kann(50).

47 PREISS 198 mit Hinweis auf BGE 77 I 77 ("Kübler-Rad").

48 Bsp.: "Persil - Ein Produkt von Henkel"; vom BGer wurde diese Möglichkeit im Entscheid 72 II 138f. ("Lux"/"Sunlight") grundsätzlich bejaht, doch bezeichnete das BGer einen solchen Tatbestand als ungewöhnlichen Fall, der zu beweisen sei; im vorliegenden Fall wurde verneint, dass das Publikum von der Marke "Lux" auf die Unternehmensbezeichnung "Sunlight" schliesse.

49 Es gibt auch die sog. Dachmarken, d.h. Marken, die für alle Waren eines Unternehmens verwendet werden. Sie müssen nicht unbedingt mit der Firma identisch sein, weisen aber normalerweise eine sehr enge Beziehung zum entsprechenden Unternehmen auf. Vgl. MEYER 162: "Die Dachmarke fordert die klare und eindeutige Ausrichtung aller Lebensäusserungen eines Unternehmens auf eben diese Marke. Das Unternehmen selbst wird zur Marke, zum Markenartikel." Diese Aussage zeigt deutlich, wie stark eine Marke zu einem persönlichen Gut eines Unternehmens aufgebaut werden kann. Bsp.: Die Marke "adidas" als Zeichen für alle Produkte der Adi Dassler KG.

50 BGE 87 II 47.

2. Neben den eigentlichen Wortmarken können auch kurze Slogans, die als "Leitspruch" für das werbende Unternehmen (und nicht nur für ein einzelnes Produkt) verwendet werden, in eine so enge Beziehung zum Unternehmen treten, dass sie vom Persönlichkeitsschutz erfasst werden. Voraussetzung ist aber, dass der Slogan über längere Zeit eingesetzt wird und dass er eine irgendwie geartete Beziehung zur Firma des Unternehmens aufweist, da es sonst sehr schwierig ist, eine verkehrsbekannte Verbindung zwischen dem Slogan und dem Unternehmen zu erreichen(51).

3. Werbefiguren sind ebenfalls geeignet, in eine enge Beziehung zum werbenden Unternehmen zu treten, da sie einfach verbreitet und vielseitig eingesetzt werden können(52) und vom Publikum oft als eigentliche Sympathieträger für ein bestimmtes Unternehmen angesehen werden. Sie werden vielfach auch gerade dazu eingesetzt, gegen aussen das Unternehmen zu symbolisieren, und sind nicht immer warenbezogen, was oft auch durch die Namensgebung für diese Figuren unterstrichen wird(53). Durch die Tatsache, dass solche Figuren oft über lange Zeit beibehalten werden, ist die Möglichkeit gross, dass sich das Publikum diese Figuren als Unternehmenskennzeichen einprägt. Nicht geschützt sind dagegen rein produktebezogene Figuren, bei denen das Publikum keine Verbindung zum Hersteller oder Händler ziehen kann(54).

51 Vgl. Werbung II 1030: "Nur wer über Millionenetats verfügt, kann es sich leisten, auf die Marken- oder Produktnamen-Integration im Slogan zu verzichten. Aber auch er gerät Gefahr, dass sein Slogan sich aus den Fesseln der Firmen- und Produktbindung löst und schliesslich als verlorener Sohn seine Herkunft verleugnet." M.E. muss die Beziehung des Slogans zum Namen des Unternehmens nicht unbedingt in der Integration des Namens bestehen, sondern kann sich z.B. auch aus einer symbolischen Anspielung auf die Firma ergeben.

52 Gl.M. DAVID, Werbefigur, 42.

53 Bsp.: Die "Knorrli"-Figur, das "Michelin"-Männchen, die "Johnnie Walker"-Figur.

54 Bsp.: "Meister Propper" (für das gleichnamige Produkt); der "Weisse Ritter" für das Produkt "Ajax".

4. Verpackungsgestaltungen, Etiketten usw., die im Verkehr fest etabliert sind und vom Publikum als typisch für das betreffende Unternehmen angesehen werden, können ebenfalls zu den persönlichen Gütern gehören. Ebenso können unter Umständen auch die Formen von Waren und Verpackungen, wenn sie über einen langen Zeitraum beibehalten werden, typisch für ein Unternehmen sein. Dies wird jedoch nur in seltenen Fällen möglich sein. Als Beispiele können die "Coca-Cola"-Flasche und die Form des "VW-Käfer" gelten, welche dank ihrer weltweiten Verbreitung und über Jahre gleichbleibenden Gestalt von einer sehr grossen Zahl von Personen als Symbole für die betreffenden Unternehmen angesehen werden. Solche Formen sind zu den persönlichen Gütern der betreffenden Unternehmen zu zählen(55).

5. Auch andere symbolhafte Unternehmenskennzeichen wie Buchstabenkombinationen ("JPS")(56), graphische Gestaltungen ("Mercedes"-Stern, "Bayer"-Kreuz), Schriftzüge ("Coca-Cola") (57), Hausfarben(58) oder in Extremfällen sogar Tonzeichen (Gebrüll des "MGM"-Löwen) oder Werbemelodien können ebenfalls zur Persönlichkeitssphäre des betreffenden Unternehmens gehören, sofern die Beziehung zwischen Symbol und Unternehmen genügend verkehrsbekannt ist.

6. Bei allen übrigen Werbemitteln wie Anzeigen, Plakaten, Katalogen(59), längeren Texten, Werbefilmen usw. dürfte es dagegen sehr schwierig sein, dass sie sich zu einem persönlichkeitsrechtlich geschützten Gut entwickeln. Die Möglich-

55 Vgl. auch den Tatbestand in BGE 108 II 69ff. ("Rubik's" Cube): Form und Ausgestaltung dieses Würfels können m.E. zu den persönlichen Gütern seines Schöpfers gezählt werden, da der Würfel unter dem Namen seines Erfinders weltweite Verbreitung fand und daher eine enge, verkehrsbekannte Beziehung zwischen Schöpfer und Werk besteht.

56 BGer-Entscheid vom 27. Sept. 1983, GRUR Int. 1984, 541.

57 HG Bern, Mitt. 1980, 69f.

58 Ebenso: DESSEMONTET, Publicité, 6.

59 Das BGer schützte einen Katalog über Art. 28 ZGB mit der Begründung, er individualisiere den Gewerbebetrieb (BGE 46 II 427). Ähnlich BGE 51 II 383.

keit wird erhöht, wenn es sich um ganze Serien von Anzeigen, Plakaten oder Werbefilmen handelt, wenn solche Werbemittel über sehr lange Zeit beibehalten werden oder wenn es sich um sehr individuell gestaltete Werbemittel handelt(60), welche normalerweise mehr auffallen und sich daher schneller zu Individualzeichen entwickeln können.

Abschliessend kann festgehalten werden, dass Werbemittel, die auf irgendeine Weise bereits den Bezug zum werbenden Unternehmen enthalten (sei es auch nur durch ihre Bezeichnung in der Umgangssprache), wesentlich besser geeignet sind, sich zu persönlichen Gütern des betreffenden Unternehmens zu entwickeln. Als Beispiele seien noch einmal erwähnt: Der "VW Käfer" (von Volkswagen), das "Knorrli" (von Knorr), das "Bayer"-Kreuz (von "Bayer"), die "Coca-Cola"-Flasche und der "Coca-Cola"-Schriftzug, ein Plakat der "CIWLT" mit dem Aufdruck dieses Unternehmens, der "Mercedes"-Stern (von "Mercedes-Benz"), die Initialen "JPS" (von der "John Player Tobacco Group"). Werbemittel, die überhaupt keinen solchen Bezug aufweisen, haben dagegen sehr grosse Schwierigkeiten, sich beim Publikum als Unternehmenskennzeichen einzuprägen. Als Beispiel können die weltweit verbreiteten und stilistisch seit langer Zeit ähnlich gebliebenen "Marlboro"-Plakate gelten, die einem grossen Publikum bekannt sind und wohl auch ohne Markenschriftzug von vielen Personen als solche erkannt würden, aber in keiner Weise auf das Herstellerunternehmen ("Philip Morris") hinweisen. Sie werden daher vom Publikum nur mit der Zigarettenmarke in Verbindung gebracht und nur in Ausnahmefällen mit dem werbetreibenden Unternehmen. Eine Nachahmung solcher Werbemittel kann m.E. nicht als Verletzung der Unternehmenspersönlichkeit gewertet werden(61).

60 BGE 108 II 244. In diesem Entscheid spielte auch die Tatsache eine Rolle, dass es sich um eine ganze Serie von Werbeplakaten handelte, die längere Zeit verwendet wurden.

61 Darin liegt der wesentliche Unterschied zum Warenkennzeichenrecht, wo es genügt, dass das Publikum die Verbindung von der Werbung zur Ware ziehen kann und dadurch die Gefahr der Warenverwechslung besteht.

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, dass nur durch Heranziehung aller in Frage kommender Gesetzesbestimmungen ein optimaler Schutz für die einzelnen Werbemittel erreicht werden kann. Eine Untersuchung der Rechtslage unter sämtlichen, vielleicht auch nur entfernt in Frage kommenden Bestimmungen ist daher in jedem Fall erforderlich.

Die Werbung als solche ist kein geschütztes Rechtsgut. Die Qualifizierung jeder Nachahmung werblicher Gestaltungen als unlauter (vgl. Grundsatz Nr. 10 der Ueberwachungskommission) wird daher vom geltenden Recht nur bedingt geteilt. Immer ist zu prüfen, ob die allgemeinen Voraussetzungen der jeweils zur Anwendung kommenden Gesetze gegeben sind oder nicht, denn nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist ein Schutz möglich. Werden aber alle diese Bestimmungen herangezogen, so zeigt sich, dass die Werbung zwar nicht lückenlos, aber doch in einem weiten Bereich gegen Nachahmung geschützt ist. Durch eine weniger enge Auslegung einzelner Bestimmungen könnte ein noch besserer Schutz erreicht werden. Insbesondere im UWG wäre vom Wortlaut mancher Bestimmungen her eine grosszügigere Schutzgewährung durchaus möglich. Eine gewisse Grosszügigkeit würde sich schon deshalb aufdrängen, weil mit der Nachahmung von Werbung wie erwähnt oft auch Verletzungen von Kennzeichnungsrechten einhergehen. Solche Verletzungen tangieren aber letztlich die Interessen des Publikums und sind daher m.E. mit einem besonders strengen Massstab zu beurteilen.

Die vorangegangenen Ausführungen haben auch gezeigt, dass ganz allgemein qualitativ hochstehende Werbemittel viel eher geschützt werden können, als belanglose und allgemein übliche Gestaltungen. In diesem Sinn unterstützt das Gesetz das eigentlich kreative, künstlerische Werbeschaffen und fördert damit die eingangs erwähnten positiven Aspekte der Werbung.

LEBENS LAUF

Persönliche Daten geb. 31. März 1958
 ledig

Schulen

1964 - 1969	Primarschule Emmenbrücke
1969 - 1976	Kantonsschule Reussbühl
1977 - 1978	3 Semester Anglistik und Germanistik an der Universität Bern
1978 - 1983	Jus-Studium an der Uni Zürich; Lizentiat
1984 - heute	Doktorand bei Prof. Manfred Rehbinder

Berufliche Tätigkeit

1983 - 1985	Freier Journalist
1984 - 1986	Rechtskundeflehrer (nebenamtlich)
1985 - heute	Gerichts- und Anwaltspraktikum in Luzern

Luzern, 30. Mai 1986

